

T H E M A

Zur Wirksamkeit gesellschaftsvertraglicher
Abfindungsregelungen bei OHG und KG im Falle
des Ausscheidens unter Lebenden.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Nikolai Freiherr Teuffel von Birkensee

1 9 8 5

T H E M A

Zur Wirksamkeit gesellschaftsvertraglicher
Abfindungsregelungen bei OHG und KG im Falle
des Ausscheidens unter Lebenden.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Nikolai Freiherr Teuffel von Birkensee

1 9 8 5

Referent: Professor Dr. Hueck

Korreferent: Professor Dr. Fikentscher

Tag der mündlichen Prüfung:

18. Juli 1985

Gliederung

<u>Einleitung</u>	Seite	1
<u>Erster Teil: Das gesetzliche Leitbild der Abfindungsregelung</u>	Seite	3
A. Anspruchsentstehung und Fälligkeit	Seite	3
B. Schuldner des Anspruchs	Seite	8
C. Anspruchsumfang	Seite	10
I. Die zu berücksichtigenden Vermögenspositionen	Seite	10
II. Wertberechnung	Seite	12
III. Ermittlung der Beteiligungshöhe	Seite	14
<u>Zweiter Teil: Prüfungsgegenstand</u>	Seite	15
<u>Dritter Teil: Prüfungsmaßstab</u>	Seite	18
A. Gesellschaftsrechtliche Begrenzungsvorschriften	Seite	19
I. Gesellschafterkündigung und Auflösung durch gerichtliche Entscheidung	Seite	19
II. Gesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz	Seite	25
III. Gleichbehandlungsgrundsatz	Seite	26
IV. Wettbewerbsfreiheit	Seite	27
B. Weitere Schutz- und Verbotsgesetze	Seite	29
I. Allgemeine Klassifizierung des Vertragstypus von Abfindungsvereinbarungen	Seite	30
1. Zuwendungsgegenstand	Seite	30
2. Gegenleistung	Seite	36
3. Art der Verknüpfung	Seite	37

II

II. Betroffene Verletzungstatbestände im allgemeinen	Seite	40
III. Besondere Einordnung im Einzelfall	Seite	40
C. Zusammenfassung	Seite	43
<u>Vierter Teil:</u> Zulässigkeitsgrenze vertraglicher Abfindungsregelungen	Seite	44
A. Die Zulässigkeit von Abfindungsvereinbarungen ohne Berücksichtigung gesellschaftsvertraglicher Regelungen über das Ausscheiden	Seite	48
I. Verstoß gegen zwingendes Gesellschaftsrecht	Seite	48
1. Allgemeine Kündigungsvorschriften	Seite	48
a. Voluntatives Element	Seite	53
b. Wirtschaftliche Unmöglichkeit als vergleichbares Rechtsinstitut	Seite	55
c. Parallele zum dienstrechtlichen Kündigungsrecht	Seite	57
d. Ergebnis	Seite	58
2. Privatgläubigerkündigung	Seite	59
a. Allgemein wirkende Klauseln	Seite	60
b. Klauseln nur für den Fall der Privatgläubigerkündigung	Seite	62
II. Verbot der zukünftigen Vermögensübertragung	Seite	64
III. Verstoß gegen § 138 BGB	Seite	65
1. Wuchertatbestand § 138 II BGB	Seite	67
2. Knebelungstatbestand und wucherähnliches Rechtsgeschäft gem. § 138 I BGB	Seite	68
a. Sittenwidriger Inhalt der Absprache selbst	Seite	70
b. Neben dem Vertrag vorliegende objektive und subjektive Umstände	Seite	72

aa. Leistungsäquivalenz	Seite	73
bb. Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit	Seite	76
aaa. Buchwertklauseln	Seite	78
bbb. Abfindungsausschluß	Seite	82
3. Gläubigerbenachteiligung	Seite	88
a. Allgemein wirkende Abfindungsklauseln	Seite	90
b. Klauseln nur für den Fall der Gläubigerkündigung	Seite	91
IV. Treu und Glauben	Seite	93
1. Prinzip des Wegfalls der Geschäftsgrundlage	Seite	93
2. Anwendbarkeit auf Abfindungsvereinbarungen	Seite	96
3. Auswirkungen auf Buchwertklauseln	Seite	99
B. Kombination von Ausschließungs- und Abfindungsvereinbarungen	Seite	101
I. Zulässigkeit von Ausschlußklauseln	Seite	102
II. Wechselseitige Beeinflussung	Seite	108
III. Vertragskontrolle	Seite	111
1. Verstoß gegen zwingendes Gesellschaftsrecht	Seite	111
2. Schutz des Gesellschaftsgläubigers	Seite	111
3. Sittenwidrigkeit	Seite	112
a. Knebelungsvertrag	Seite	112
aa. Abfindungsausschluß und Ausschlußmöglichkeit	Seite	113
aaa. Nach freiem Ermessen	Seite	113
bbb. Bei Vorliegen enumerativ aufgelisteter wichtiger Gründe	Seite	114
ccc. Bei Vorliegen beliebiger, katalogartig erfaßter Verhaltensweisen	Seite	117
bb. Ausschlußmöglichkeit nach freiem Ermessen zum Buchwert	Seite	119

cc. Abfindungsvereinbarung zu ungleichem Entgelt bei Gesellschaftsvertrags- abschluß und Ausschluß- möglichkeit	Seite 121
aaa. Nach freiem Ermessen	Seite 121
bbb. Bei Vorliegen enumer- ativ aufgelisteter wichtiger Gründe	Seite 122
ccc. Bei Vorliegen be- liebiger, katalogartig erfaßter Verhaltens- weisen	Seite 123
b. Ausnutzen wirtschaftlicher Macht	Seite 124
c. Wucherähnliches Rechtsgeschäft	Seite 124
d. Gläubigerbenachteiligung	Seite 125
IV. Ausübungskontrolle	Seite 126
1. Wegfall der Geschäftsgrundlage gegen § 242 BGB	Seite 127
2. Unzulässige Rechtsausübung	Seite 127
a. Ausschluß nach freiem Ermessen	Seite 128
b. Enumerative Ausschlußgründe	Seite 130
c. Zusammenfassung	Seite 131
<u>Fünfter Teil:</u> Rechtsfolgen	Seite 132
A. Unzulässige Abfindungsregelung	Seite 132
I. Verstoß gegen Kündigungsvorschriften, gute Sitte und Gläubigerschutz	Seite 132
II. Verstoß gegen § 242 BGB	Seite 138
B. Rechtsverstoß durch die Kombination von Abfindungs- und Ausschlußregelung	Seite 139
I. Vertragskontrolle	Seite 139
II. Ausübungskontrolle	Seite 142

Schlußbemerkung	Seite 144
A. Heutige Rechtsprechung	Seite 144
B. Eigene Ergebnisse	Seite 146
C. Gestaltungsmöglichkeiten	Seite 148

Literaturverzeichnis

[illegible]

- | | |
|--|--|
| Andörfer | Ausschluß und Beschränkung des Kündigungsrechts bei Personengesellschaften,
Diss. Köln 1967 |
| Ausspracheergebnisse
Thema II der 21. Arbeits-
tagung des Instituts der
Wirtschaftsprüfer in
Deutschland e.V. 1979 | Ermittlung und steuerrechtliche Be-
handlung von gesellschaftlichen Ab-
findungsguthaben und die Erstellung
von Auseinandersetzungsbilanzen im
Handels- und Steuerrecht. |
| Bachmann | Bewertungsgrundsätze zur Berechnung
des Anfangs- und Endvermögens beim
güterrechtlichen Zugewinnausgleich,
Diss. Mainz 1970 |
| Ballerstedt | Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff
des Rechts der Personengeschafter
in: JuS 1963,253 |
| Ballerwieser | Die Wahl des Falkulationszinsflusses
bei der Unternehmensbewertung unter
Berücksichtigung von Risiko und
Geldentwertung,
in: BFuP 1981,97 |
| Bellinger | Eine Wende in der Unternehmens-
bewertung,
in: WPz 1980,575 |
| Barz | Vertraglicher Kündigungsausschluß
bei Personengesellschaften.
Ein Beitrag zur kapitalistischen
Commanditgesellschaft,
in: JW 1938,440 |
| Baumbach-Duden-Hopt | Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen
26. Aufl., München 1985 |

- Beuthien Pauschalierter Schadensersatz - und Vertragsstrafe, Festschrift für Larenz, S.495-516, München 1973
- ders. Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Tübingen, 1969 (zit.: Zweckerreichung)
- Blomeyer Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl., Berlin und Frankfurt 1969
- Doesebeck Betrachtungen zur Umwandlung von Kapitalgesellschaften (zugleich ein Beitrag zum Recht der Kommanditgesellschaft), Frankfurt 1937 (zit.: Umwandlungen)
- ders. Die "kapitalistische" Kommanditgesellschaft, Frankfurt a.M. 1938
- Föhle-Stamschräder-Filger Konkursordnung 14. Aufl., München 1983
- dieselben Anfechtungsgesetz, 5. Aufl., München 1979
- Fötticher Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle, in: ZFA 1970,3
- Fohnenberg Handelsgesetzbuch mit Erläuterungen, Köln - Berlin - Bonn - München 1980
- Fraittinger Abfindungs- und Bewertungsprobleme beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer offenen Handelsgesellschaft von Todes wegen, Diss. Tübingen 1973
- Freddt Empfehlungen zur Bewertung von ganzen Unternehmungen, in: ZfbF 1969,832

- v. Brunn Zur Vereinbarung pauschalierter Schadensersatzsummen in Formularverträgen,
in: NJW 1967,712
- Duchwald Gesellschaftsanteil und Erbrecht,
in: AcP 154,22
- ders. Das Verhältnis von Erbrecht und Gesellschaftsvertrag,
in: JR 1955,173
- Coing Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Begriff der "guten Sitten",
in: NJW 1947/1948,213
- Crüwell Gewinnermittlung und Gewinnverteilung bei der offenen Handelsgesellschaft,
Diss. Bonn 1966
- van den Daele Probleme des gegenseitigen Vertrages. Untersuchungen zur Äquivalenz gegenseitiger Leistungspflichten,
Hamburg 1968
- Diederichsen-Gursky Principles of Equity in German Civil Law, S.278-298,
Festschrift für Cassin,
Brüssel 1973
- Dörner Die neue U.E.C.-Methode zur Unternehmensbewertung,
in: WPrG 1977,657
- Düringer-Machenburg Das Handelsgesetzbuch,
II. Band, 2. Teilband, 3. Aufl.,
erläutert von Flechtheim,
Mannheim - Berlin - Leipzig 1932
- Dürkes Die Wertsicherung von Erbbauzinsen,
in: BB 1980,1609
- Eckelt Vermögensanteil und Kapitalanteil,
in: NJW 1954,1905

- Esser-Schmidt Schuldrecht,
Bd. I, Allgemeiner Teil, Teilband 1,
5. Aufl., Karlsruhe 1975
(zit.: S.I 1)
- Esser-Weyers Schuldrecht II, Besonderer Teil,
Teil 1, 5. Aufl., Karlsruhe 1977
(zit.: S.II 1)
- Fikentscher Schuldrecht,
6. Aufl.,
Berlin - New York 1976
- ders. Die Geschäftsgrundlage als Frage
des Vertragsrisikos,
München 1971
(zit.: Geschäftsgrundlage)
- Fischer Neue Wege im Recht der Personenge-
sellschaften?
Eine Besprechung des Buches "die
Personengesellschaft" von
Werner Flume,
in: ZGR 1979,250
- Flume Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts,
Band eins, Teil 1
Die Personengesellschaft,
Berlin - Heidelberg -
New York 1977,
(zit.: Pers.Gesellschaft)
Band zwei, Das Rechtsgeschäft,
2. Aufl.,
Berlin - Heidelberg -
New York 1975,
(zit.: Rechtsgeschäft)
- ders. Die Abfindung nach der Buchwertklausel für den Gesellschafter minderen
Rechts in einer Personengesellschaft,
in: NJW 1979,902
- Gernhuber Austausch und Kredit im Rechtsge-
schäftlichen Verbund.
Zur Lehre von den Vertragsverbindungen,
Festschrift für K. Larenz,
S.455 - 494,
München 1973

- ders. Synallagma und Zession
Funktionswandel der Privatrechts-
institutionen,
Festschrift für Ludwig Raiser,
S. 57 - 98,
Tübingen 1974
- Gersch Die Grenzen zeitlicher Beschränkungen
des ordentlichen Kündigungsrechts bei
Personengesellschaften,
in: BB 1977, 871
- Geßler Ausschuß des Kündigungsrechts bei
Personengesellschaften,
in: Soz. Prax. 39, 670
- v. Gierke Deutsches Privatrecht,
Bd. I,
München - Leipzig 1936, Stand 1895
- ders. Handelsrecht und Schiffahrtsrecht,
8. Aufl., Berlin 1958
- v. Gierke - Sandrock Handels- und Wirtschaftsrecht,
Bd. I, 9. Aufl.,
Berlin - New York 1975
- Glade Zur Behandlung des Firmenwertes in
der Ertragsteuerbilanz und nach dem
Bewertungsgesetz, insbesondere Be-
wertungs- und Berechnungsmethoden,
in: StbJb 69/70, 287
- Glunz Vertragliche Regelungen des Abfin-
dungsanspruchs bei der offenen Han-
delsgesellschaft in den Fällen des
Ausscheidens unter Lebenden,
Diss. Münster 1963
- v. Godin Zum Handelsgesetzbuch - Kommentar
von Geßler - Hefermehl - Hildebrand
Schröder (Hr.),
in: WPg 58, 226
- ders. Einzelfragen aus dem Recht der
offenen Handelsgesellschaft,
in: J. 1943, 61

- ders. Über den Auseinandersetzungsanspruch des aus der offenen Handelsgesellschaft ausscheidenden Gesellschafters:
in: JW 1936,3512
- Goroncy Bewertung und Pflichtteilsberechnung bei gesellschaftsvertraglichen Abfindungsklauseln,
in: NJW 1962,1895
- ders. Gesellschaftsrechtliche Probleme der Zugewinnngemeinschaft unter Berücksichtigung der Bewertungsfragen,
Diss. Bonn 1965
- Gottschling Gesellschaftsvertragliche Klauseln im Zwangsvollstreckungsrecht,
in: GmbH-Rundschau 1965,52
- Großfeld Unternehmensbewertung im Gesellschaftsrecht zur Parabfindung auscheidender Personengesellschafter und Aktionäre,
Köln 1983
- Groth Die Kriterien der Mitunternehmerschaft,
in: BB 1982,1229
- Großkommentar Handelsgesetzbuch 3. Auflage, zweiter Band, 1. Halbband, §§ 105-144 HGB
Berlin - New York 1973,
(zit.: Bearbeiter in Großkomm. HGB)
- Gürsching-Stenger Kommentar zum Bewertungsgesetz und Vermögenssteuergesetz,
7. Aufl., Köln Stand Juli 1983
- Haarmann Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerschuldverträgen,
Berlin 1979
- Hadding Die Erbennachfolge in eine OHG-Mitgliedschaft
in: Jus 1970,624

- Haehling von
Lanzenauer Die Bedeutung der Gestaltungsmöglichkeit der Erbfolge für die Erhaltung der Unternehmung,
Diss. rer pol, Köln 1966
- v. Hahn Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch,
Band 1, Aufl. 3,
Braunschweig 1897
- Heck Grundriß des Schuldrechts,
Tübingen 1929
- Heckelmann Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen,
München 1973
- Heidenhain-Meister Münchner Vertragshandbuch - Gesellschaftsrecht, Bd. I,
München 1982,
(zit.: Heidenhain-Bearbeiter)
- Heins Betrachtungen zum Recht der OHG,
in: NJW 1948,252
- Hellmuth Die Rechtsstellung der durch den Gesellschaftsvertrag von der Nachfolge in eine offene Handelsgesellschaft ausgeschlossenen Miterben bei der Beerbung eines Gesellschafters,
Diss. Köln 1964
- Hennerkes-Binz Die Buchwertabfindung - ein Fossil unserer Zeit?
in: DB 1983/2669
- ders. Zur Ausschließbarkeit von Gesellschaftern einer Personengesellschaft nach freiem Ermessen,
in: NJW 1983,73 (76)
- Herrmann Die Bestimmung der Abfindung in der Satzung für die Fälle der Ausschließung und des Austritts aus der GmbH,
Diss. Münster 1967
- Heyn Grenzen der Buchwertabfindung ausscheidender Gesellschafter von Personengesellschaften,
Festschrift für Schiedermaier,
S. 271-287, München 1976

- | | |
|--------------------|--|
| Hinke | Der Pflichtteil bei dem Tod des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft,
Diss. Bonn 1966 |
| Hirtz | Die Abfindung des Gesellschafters einer Personengesellschaft nach der Ausschließung ohne wichtigen Grund,
in: BB 1981,761 |
| Hoffmann | Zum "Durchgriffs"-Problem bei der unterkapitalisierten GmbH,
in: NJW 1966,1941 |
| Hoffmann | Der Vertrag zugunsten Dritter von Todes wegen,
in: AcP 158,178 |
| v. Hoyningen-Huene | Die Billigkeit im Arbeitsrecht.
Ein Beitrag zur rechtsdogmatischen Präzisierung der Billigkeit im Zivilrecht - dargestellt am Beispiel des Arbeitsrechts,
München 1978 |
| Huber | Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts,
Heidelberg 1970 |
| ders. | Der Ausschluß des Personengesellschafters ohne wichtigen Grund,
in: ZGR 1980,177 |
| Hueck, A. | Schenkung von Beteiligungen an Handelsgeschäften und Widerruf wegen groben Undanks,
in: DB 1966,1043 |
| ders. | Das Recht der OHG,
4. Aufl.,
Berlin - New York 1971 |
| ders. | Gesellschafterbeschlüsse bei Offenen Handelsgesellschaften.

Beiträge zum Wirtschaftsrecht,
Band 1, S.700 ff
Marburg 1931
(zit.: Gesellschafterbeschlüsse) |

- ders. Gesellschaftsvertrag und Erbrecht,
in: DNotZ 1952,550
- ders. Zur Problematik langfristiger
Gesellschaftsverträge,
Festschrift für Larenz, S.741 - 748,
München 1973
- Hueck, G. Gesellschaftsrecht,
18. Aufl.,
München 1983
- ders. Der Grundsatz der gleichmäßigen
Behandlung im Privatrecht,
München und Berlin 1958,
(zit.: Gleichbehandlung)
- Husemann Errechnung des Mittelwertes aus
Ertragswert und Substanzwert bei
der Unternehmensbewertung,
in: DB 1951,329
- Immenga Die personalistische Kapital-
gesellschaft,
Bad Homburg 1970
- Jaeger-Lent Konkursordnung,
Kommentar,
erster Band, §§ 1 - 70 KO,
8. Aufl.,
Berlin 1958
- Jaensch Wert und Preis der ganzen Unter-
nehmung,
Köln und Opladen 1966
- ders. Empfehlungen zur Bewertung von
ganzen Unternehmen,
in: ZfbF 1969,643
- Jakobs Unmöglichkeit und Nichterfüllung,
Bonn 1969
- Jauernig-Schlechtriem- BGB - Bürgerliches Gesetzbuch mit
Stürner-Teichmann- Erläuterungen,
Vollkommer 3. Aufl., München 1984

- | | |
|--------------------------------------|---|
| Kegel | Rohstoff und Rüstungskredite,
in: JZ 1951,385 |
| Kersten-Bühling-Apell-
Kanzleiter | Formularbuch und Praxis der frei-
willigen Gerichtsbarkeit,
18. Aufl.,
Köln - Berlin - Bonn - München 1983 |
| Knieper | Der Vermögensbegriff in § 311 BGB
und sein Einfluß auf § 419 BGB,
in: MDR 1970,979 |
| Knöchlein | Abfindungsvereinbarungen bei
Personalhandelsgesellschaften,
in: DNotZ 1960,452 |
| Knur | Die Familiengesellschaft.
Eine vergleichende Untersuchung
der Unternehmensformen,
Berlin 1941,
(zit.: Familiengesellschaft) |
| Knuth | Die Anpassung von Preisen in lang-
fristigen Lieferverträgen,
in: BB 1978,178 |
| Koenigs | Die stille Gesellschaft,
Berlin 1961 |
| Koppenberg | Bewertung von Unternehmen.
Höchststrichterliche Rechtsprechung
nach dem Umwandlungsgesetz,
Düsseldorf 1964 |
| Krämer | Die gesellschaftsvertragliche
"Ausschließung" aus der Personen-
gesellschaft,
in: NJW 1981,2553 |
| Krückmann | Clausula rebus sic stantibus,
Kriegsklausel, Streikklausel,
in: AcP 116,157 |
| ders. | Kalkulationsirrtum und ursprüngliche
Sinn-, Zweck- und Gegenstands-
losigkeit,
in: AcP 128,157 |

- ders. Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt,
in: AcP 131,1
- Kuhn Die Rechtsprechung des BGH zur bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft,
in: WM 1975,718
- ders. Der negative Kapitalanteil in der Personengesellschaft,
Diss. Freiburg 1969
- Landmann Zur Regelung der Gesellschafternachfolge in der Satzung einer GmbH,
Diss. Bonn 1968
- Lappe Probleme des Gesellschaftserbrechts bei den Personalgesellschaften,
Diss. Köln 1965
- Larenz Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts,
6. Aufl., München 1983
(zit.: Larenz, AT)
- ders. Lehrbuch des Schuldrechts,
Band I, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. München 1982
(zit.: Schuldrecht, AT)
Band II, Besonderer Teil, 12. Aufl., München 1981
(zit.: Schuldrecht, BT)
- ders. Methodenlehre der Rechtswissenschaft 5. Aufl., Berlin - Heidelberg 1983
(zit.: Methodenlehre)
- ders. Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem,
in: NJW 1965,1
- ders. Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. Die Bedeutung veränderter Umstände im Zivilrecht,
3. Aufl., München 1963,
(zit.: Geschäftsgrundlage)
- ders. Grundsätzliches zu § 138 BGB,
in: JJB 7 (1966,67), 98

- Lehmann-Dietz Gesellschaftsrecht,
3. Aufl.,
Berlin und Frankfurt 1970
- Lehmann-Hübner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Gesetzbuches,
16. Aufl., Berlin 1966
- Lieb Zur Kaufmannseigenschaft der Gesell-
schafter von KG und OHG,
in: DB 1967,759
- Liebisch Das Wesen der unentgeltlichen Zu-
wendungen unter Lebenden im bürger-
lichen Recht und im Reichssteuer-
recht,
Leipzig 1927
- ders. Über die Rechtsstellung der Erben
eines offenen Handelsgesellschafters,
in: ZHR 116,128
- Limbach Theorie und Wirklichkeit der GmbH.
Die empirischen Normaltypen der
GmbH und ihr Verhältnis zum Produkt
von Herrschaft und Haftung,
Berlin 1966
- Littbarski Neuere Tendenzen zum Anwendungsbe-
reich der Lehre von der Geschäfts-
grundlage,
in: JZ 1981,8
- Locher Geschäftsgrundlage und Geschäfts-
zweck,
in: AcP 121,1 ff
- Maiberg Praktische Probleme bei Familien-
Kommanditgesellschaften,
in: DB 1978,1209
- Manke Das Recht zur Ausschließung aus
der Personengesellschaft kraft
Vertrags,
Frankfurt 1978

Marcus	Zur Natur des Kündigungsrechts in den Fällen der §§ 725 BGB, 136 HGB. 66 GenG, in: JW 1907,539
Martens	Bestimmtheitsgrundsatz und Mehr- heitskompetenzen im Recht der Personengesellschaften, in: DB 1973,413
Medicus	Allgemeiner Teil des BGB Heidelberg, 1982 (zit.: AT)
ders.	Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil 2. Auflage München 1984 Band II, Besonderer Teil München 1983
ders.	Bürgerliches Recht 11. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1983 (zit.: Medicus)
ders.	Vertragsauslegung und Geschäfts- grundlage, Festschrift für Flume, S.629 - 647, Köln 1978
Meilicke	Rechtsgrundsätze zur Unternehmens- bewertung, in: DB 1980,2121
Mellerowicz	Der Wert des Unternehmens als Ganzes, Essen 1952
Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck	Kommentar zur Konkursordnung, 9. Aufl., Berlin und Frankfurt 1979
Michalski	Gesellschaftsrechtliche Gestaltungs- möglichkeiten zur Perpetuierung von Unternehmen. Ein Beitrag zur Unternehmensnach- folge in der Familiengesellschaft, Hamburg 1980
Möhring	Zur Zulässigkeit von Abfindungs- klauseln in den Verträgen der Handelsgesellschaften, Festschrift für Carl-Hans Barz S.49 - 66, Berlin - New York 1974
Müller-Erbach	Deutsches Handelsrecht, 3. Aufl., Tübingen 1928

- Münchener Kommentar
 Bürgerliches Gesetzbuch
 Band II: Schuldrecht-Allgemeiner Teil
 2. Auflage, München 1985
 Band III: Schuldrecht-Besonderer Teil, 1. Halbband §§433-656 und 2. Halbband §§657-853
 1. Auflage, München 1980
 (zit.: MK - Bearbeiter)
- Münstermann
 Der Zukunftsentnahmewert der Unternehmung und seine Beurteilung durch den Bundesgerichtshof,
 in: BFuP 1980, 114
- Nicklisch
 Ergänzende Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlagenlehre - ein einheitliches Rechtsinstitut zur Lückenausfüllung,
 in: BB 1980, 949
- Nitschke
 Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft,
 Bielefeld 1970
- Nonnenmacher
 Anteilsbewertung bei Personengesellschaften,
 Königstein/Taunus 1981
- Oertmann
 Bürgerliches Gesetzbuch,
 Recht der Schuldverhältnisse,
 Zweite Abteilung, 5. Aufl.,
 Berlin 1929
- ders.
 Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff,
 Leipzig - Erlangen 1921
- ders.
 Entgeltliche Geschäfte,
 München 1912
- Palandt
 Bürgerliches Gesetzbuch,
 44. Aufl., München 1985
 (zit.: Palandt-Bearbeiter)

- Parr Die Nachfolge der Erben in eine offene Handelsgesellschaft im Hinblick auf den Pflichtteilsberechtigten,
Diss. Köln 1965
- Pfister Der mehrseitige Austauschvertrag,
in: JZ 1971, 284
- Pierer von Esch Teilnichtige Rechtsgeschäfte. Das Verhältnis von Parteiwillen und Rechtssatz im Bereich des § 139 BGB,
Köln - Berlin - Bonn - München 1968
- Potthoff-Zintzen-Halfst Handbuch der Gesellschaftsverträge in Personalgesellschaften, 3. Aufl.,
Köln - Opladen 1965
- Puchelt-Förtsch Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Erster Band, 4. Aufl.,
Leipzig 1893
- v. Randenborgh Das negative Kapitalkonto bei der Personengesellschaft,
in: DNotZ 1959, 373
- Rasner Abfindungsklauseln in OHG und KG - Verträgen
in: NJW 1983, 2905
- Reich Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen bei Werkverträgen,
in: NJW 1978, 1570
- Reichsgerichtsräte Das Bürgerliche Gesetzbuch, 12. Aufl
Band II, Teil 1,
Berlin - New York 1976
Band II, Teil 2,
Berlin - New York 1978
Band II, Teil 4,
Berlin - New York 1978,
(zit.: Bearbeiter in BGB-RGRK)

- Reichsgerichtsräte
Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
Zweiter Band, 2. Aufl.,
Berlin 1950
Bearbeiter Weipert
(zit.: RGRK-HGB und Bearbeiter)
(Aufl. 3 vgl. Großkommentar HGB)
- Reinicke, G. und D.
Zur Kollision von Gesellschafts-
recht und Erbrecht,
in: NJW 1957,561
- Reinicke, D.
Verwaltungsbeschränkungen im Güter-
stand der Zugewinnngemeinschaft und
Gesellschaftsrecht,
in: BB 1960,1002
- Renaud
Das Recht der Aktiengesellschaft,
Leipzig 1863
- Reuter
Privatrechtliche Schranken der
Perpetuierung von Unternehmen.
Ein Beitrag zum Recht der Gestal-
tungsfreiheit im Recht der Unter-
nehmensformen,
Frankfurt 1973
- ders.
Die Bestandssicherung von Unter-
nehmen, ein Schlüssel zur Zukunft
des Handelsgesellschaftsrechts,
in: AcP 181,1
- Riegger
Die Rechtsfolgen des Ausscheidens
eines Gesellschafters aus einer
zweigliedrigen Personengesellschaft,
Karlsruhe 1969
- Ritter
Kommentar zum HGB,
2. Aufl.,
München und Berlin 1932
- Rittner
Handelsrecht und Zugewinnngemein-
schaft,
Teil III: der Zugewinnausgleich,
in: FamRZ 1961,505
- ders.
Der Beitrag zur Restschuld-
Lebensversicherung und der Dar-
lehensvertrag,
in: DB 1980 Beilage 16, S.1 ff

- Rokas Die Teilhaberschaft an der offenen Handelsgesellschaft und ihre Vererbung,
Berlin 1965
- Roelf-Vahl Die Beteiligung eines ausgeschiedener Gesellschafters am Ergebnis schwebender Geschäfte,
in: DB 1983,1964
- Roser Unternehmensbewertung und Kapitalisierungszinsfuß bei der Barabfindung im Falle eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags,
in: DB 1980,894
- Säcker Gesellschaftsvertragliche und erbrechtliche Nachfolge in Gesamthandsgliedern,
Bad Homburg, Zürich, Berlin 1970
- Sandrock Subjektive und objektive Gestaltungskräfte bei der Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften,
in: AcP 159,481
- Schilling Zur Abfindung bei der Ausschließung ohne wichtigen Grund aus einer Personengesellschaft,
in: ZGR 1979,419
- Schlegelberger Handelsgesetzbuch,
Band II, 4. Aufl. 1965,
Berlin und Frankfurt a.M.
(zit.: Schlegelberger-Bearbeiter)
- Schmidt Abfindung, Unternehmensbewertung und schwebende Geschäfte,
in: DB 1983,2401
- ders. Handelsrecht und Zugewinnsgemeinschaft III.
Der Zugewinnausgleich,
in: FamRZ 1974,518

- Schmidt-Rimpler Die Gegenseitigkeit bei einseitig bedingten Verträgen, insbesondere beim Versicherungsvertrag. Ein Beitrag zum Synallagma, Stuttgart 1968
- Schmidt-Salzer Probleme des Maklerrechts, in: DB 1969,1091
- Schmitz-Herscheidt Die Unternehmensnachfolge in der OHG von Todes wegen, Berlin 1969
- Schneider Die Änderung des Gesellschaftsvertrages einer Personengesellschaft durch Mehrheitsbeschluß, in: ZGR 1972,357
- Schneider-Martin Familienunternehmen und Unternehmer- testament. Rechtliche und steuerliche Gestaltungsmöglichkeit des Familien- unternehmens, Aufl. 4, Heidelberg 1963
- Schönke-Baur Zwangsvollstreckung, Konkurs und Vergleichsrecht, 10. Aufl., Karlsruhe 1978
- Schönle Der Abfindungsanspruch des aus- scheidenden OHG-Gesellschafters, in: DB 1959,1427
- Schramm Vertragliche Vereinbarungen über die Ausschließung eines Gesellschafters aus der OHG, Diss. München 1962
- Schricker Gesetzesverletzung und Sittenverstoß München 1970
- ders. Probleme der Haftung aus Vermögens- übernahme, (§ 419 BGB), in: JZ 1970,265

- Schultze- v.Lasaulx Zur Frage der Gestaltungsfreiheit für Gesellschaftsverträge. Eine Bestandsaufnahme, Abschied von Illusionen, in: ZfG 21,324 (1971)
- Schwandt Der Zugewinnausgleichsanspruch als Gegenstand vertraglicher Regelung im Recht der Personengesellschaft, Diss. Münster 1966
- Siebel Erschwerte Kündigung bei der OHG und KG, in: DNotZ 1954,71
- Sieben Die Abfindung des aus der OHG ausscheidenden Gesellschafters, Diss. Gießen 1937
- Sieben-Lutz Sonderfragen substanzwertorientierte Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen, in: DB 1983,1989
- Siebert Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft, 3. Aufl., Karlsruhe 1958 (zit.: Gesellschaftsvertrag und Erbrecht)
- ders. Aktuelle Rechtsfragen zur Mitgliedschaft in Personengesellschaften, in: StbJb 1955/1956,299
- ders. Gesellschaftsvertragliche Abfindungsklauseln und Pflichtteilsrecht, in: NJW 1960,1033
- Simitis Gute Sitten und ordre public. Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138 Abs.1 BGB, Marburg 1960
- Simon Gesellschaftliche Bindung auf Lebenszeit? Ein Beitrag zur Auslegung der §§ 724 BGB, 134, 161 II, 339 I 1 HGB, in: DB 1961,1679

- Soergel
-Bürgerliches Gesetzbuch
-Band 3 Schuldrecht II § 516-704
11. Aufl.,
Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1980
-Band 2 Schuldrecht I § 241-610
10. Aufl.,
Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967
-Band 3 Schuldrecht II § 611-853
10. Aufl.,
Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1969
(zit. Soergel - Bearbeiter)
Kommentar zum HGB,
§§ 105 - 177,
Bearbeiter Pinner,
14. Aufl.,
Berlin und Leipzig 1933
- Staub
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
12. Auflage
2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse
- Einleitung zu § 241 ff, §§ 241, 242
Gesetz zur Regelung der allgemeinen
Geschäftsbedingungen
Berlin 1983
- §§ 433 - 580 a
Berlin 1978
- §§ 657 - 740
Berlin 1980
5. Buch, Erbrecht
- §§ 2197 - 2228
Berlin 1979
- §§ 2229 - 2385
Berlin 1983
(zit.: Staudinger-Bearbeiter)
- Staudinger
Die Abschichtungsbilanz nach dem
Ausscheiden eines Gesellschafters,
in: DB 1972, 271
- Stötter
Der Gesellschaftsvertrag der Per-
sonengesellschaften,
München 1973
- Sudhoff
Handbuch der Unternehmensnachfolge,
München 1973
(zit.: Unternehmensnachfolge)
- ders.
Die Berechnung des Auseinandersetz-
ungsguthabens bei Personengesell-
schaften,
in: ZGR 1972, 157

- ders. Die Auseinandersetzung zwischen Gesellschaftern einer Personengesellschaft,
in: DB 1964,1324
- ders. Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsanspruch,
in: DB 1968,648
- ders. Gesellschaftsrechtliche Abfindungsklauseln bei Errechnung des Pflichtteils und Zugewinnanspruchs,
in: NJW 1961,801
- ders. Kapitalbeteiligung und Einbringung bei der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft,
in: NJW 1956,321
- ders. Auseinandersetzungsguthaben und Gesellschaftsvertrag,
in: NJW 1949,88
- Tiedau Zur Wirksamkeit gesellschaftsrechtlicher Abfindungsklauseln gegenüber Vollstreckungsmaßnahmen,
in: DNotZ 1964,94
- ders. Gesellschaftsvertrag und neues eheliches Güterrecht unter besonderer Berücksichtigung gesellschaftsrechtlicher Abfindungsklauseln,
in: MDR 1959,253
- Tiefenbacher Die Personengesellschaft und das neue eheliche Güterrecht,
in: BB 1958,565
- Ulmer Gestaltungsklagen im Personengesellschaftsrecht und notwendige Streitgenossenschaft,
Festschrift für Geßler, S.269 - 282, München 1971
- ders. Wirksamkeitsschranken gesellschaftsvertraglicher Abfindungsklauseln,
in: NJW 1979,81

- ders. Zur rechtshistorischen Präzisierung des § 242 BGB.
Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart Nr. 193/194,
Tübingen 1956
(zit.: Präz.)
- Wiedemann Die Legitimationswirkung von Willenserklärungen im Recht der Personengesellschaften,
Festschrift für Westermann,
S. 585 - 601,
Karlsruhe 1974
- ders. Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten,
Berlin und München 1965,
(zit.: Übertragung)
- ders. Die Zukunft des Gesellschaftsrechts,
Festschrift für R. Fischer, S.883-903
Berlin - New York 1979
- ders. Gesellschaftsrecht,
Band I,
München 1980
- ders. Rechtsethische Maßstäbe im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht,
in: ZGR 1980, 147
- Wieland Handelsrecht,
Band I,
München - Leipzig 1921
- Wöhe Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre,
13. Aufl., München 1978
- Wruck Der Erwerb der Mitgliedschaft von Todes wegen bei der offenen Handelsgesellschaft und der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts,
Diss. Hamburg 1970

- | | |
|------------|--|
| Würdinger | Betrachtungen zur Reform der
Personengesellschaft,
in: AcP 144, 129 |
| Zehner | Unternehmensbewertung im Rechtsstreit
in: DB 1981, 2109 ff |
| Ziegler | Die Wirksamkeit von Abfindungsklau-
seln bei der Zwangsvollstreckung in
die Beteiligung einer offenen Han-
delsgesellschaft,
Diss. Freiburg 1966 |
| Zimmermann | Pflichtteilrecht und Zugewinnaus-
gleich bei Unternehmen- und Gesell-
schaftsnachfolge,
in: BB 1969, 965 |
| Zöllner | Die Formbedürftigkeit von Schieds-
klauseln in OHG-Verträgen,
in: DB 1964, 795 |

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch von 1861
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis. Nachschlagwerk des Bundesarbeitsgerichts (nach 1954)
Aufl.	Auflage
BB	Der Betriebs-Berater
Beil.	Beilage
Bespr.	Besprechung
BewG	Bewertungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BStBl	Bundessteuerblatt (Teil I-III)
DB	Der Betrieb
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DR	Deutsches Recht
Einl.	Einleitung
ErbStG	Erbschaftssteuergesetz

EStG	Einkommensteuergesetz
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht. Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GenG	Genossenschaftsgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbH-Rundschau	Rundschau für GmbH
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
JJb	Juristen-Jahrbuch
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen-Zeitung
KG	Kommanditgesellschaft
KO	Konkursordnung
KTS	Konkurs, Treuhand und Schiedsgerichtswesen
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Lindenmaier, Möhring u.a.
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m. Nachw.	mit Nachweisen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Mot.	Motive
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

Nr.	Nummer
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit
RFH	Reichsfinanzhof
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsrätekomentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SozPrax	Soziale Praxis
StbJb	Steuerbrater-Jahrbuch
U.E.C.	Union Européenne des Experts Comptables Economiques et Financiers
VersR	Versicherungsrecht Juristische Rundschau für die Individual- versicherung
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
VStRL	Vermögenssteuer-Richtlinien
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
z.B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfbF	Schmalenbachs Zeitung für betriebswirtschaft- liche Forschung

XXXIV

ZfgG	Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht ZIP
ZPO	Zivilprozeßordnung

Einleitung

Die vorliegende Arbeit befaßt sich mit der Zulässigkeit beschränkend wirkender Abfindungsklauseln in Personenhandelsgesellschaften, die die Rechtsstellung des ausscheidenden Gesellschafters gegenüber der gesetzlichen Regelung verkürzen.

Diese haben wegen des Interesses der verbleibenden Gesellschafter an einer Weiterführung der Gesellschaft heute eine erhebliche Bedeutung erlangt, da wegen der erhöhten Kapitalintensität der Wirtschaft und der teuren Finanzierungskosten ansonsten eine kontinuierliche Fortsetzung des Unternehmens oft nur unter beträchtlichen Schwierigkeiten möglich wäre.

Als der Gesetzgeber Ende des 19. Jahrhunderts die relevanten gesellschaftsrechtlichen Vorschriften schuf, war diese Entwicklung noch nicht abzusehen. Wie selbstverständlich ging man damals davon aus, daß ein Wechsel im personellen Bestand zu einer Auflösung der Gesellschaft führen müsse, da gerade das gegenseitige Vertrauensverhältnis im Vordergrund stand. Mit der zunehmenden Technisierung und dem damit verbundenen Einsatz erheblicher Finanzierungsmittel, wuchs jedoch das Bedürfnis nach einer Gesellschaftskontinuität auch für den Fall einer personellen Veränderung. Neben das persönliche Vertrauensverhältnis trat somit zunehmend der Gedanke des gesellschaftlichen Bestandsschutzes auch über die konkrete personelle Zusammensetzung hinaus.

Realisiert wurde eine praktisch unbeschränkte Lebensdauer der Gesellschaft durch die Vereinbarung von Fortsetzungsklauseln, die heute so verbreitet sind, daß sich zumindest im Bereich der Handelsgesellschaften das gesetzliche

Prinzip der §§ 131, 145 HGB, 723 ff BGB de facto zur Ausnahme entwickelt hat.

Erst mit dieser Entwicklung entstand das Problem der Abfindung in seiner heutigen Bedeutung, da die am tatsächlichen Liquidationserlös orientierte Auseinandersetzung gem. §§ 131, 145 HGB, 723, 738 ff BGB durch eine nur anhand fiktiver Daten zu ermittelnde Bewertung ersetzt werden muß.

Dieser geänderten Situation trägt die gesetzliche Abfindungsregelung jedoch nur in geringem Umfang Rechnung. Zwar ist die knappe Behandlung aus historischer Sicht verständlich, heute wirft dies aber zahlreiche Fragen auf. Daraus erklärt sich das Bedürfnis der Wirtschaft für vertragliche Abfindungsregelungen im Bereich der Handelsgesellschaften, die schon aus Rechtssicherheitsgründen häufig zusammen mit der Fortsetzungsklausel vereinbart werden.

Da Abfindungsvereinbarungen regelmäßig bereits bei Abschluß des Gesellschaftsvertrags inhaltsgleich von allen Gesellschaftern vereinbart werden, soweit es das Ausscheiden unter Lebenden betrifft, soll im folgenden von dieser Konstellation ausgegangen und nur im Einzelfall auf spätere oder ungleichmäßige Absprachen eingegangen werden.

Hinsichtlich des Klauselinhalts kann man grundsätzlich zwei verschiedene Klauseltypen unterscheiden, nämlich einerseits die, die nur der Konkretisierung des Gesetzes dienen und andererseits die mit einem vom Gesetz abweichenden Regelungsinhalt (1).

Da es allgemein anerkannt ist, daß die gesetzlichen

1) Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, S. 10; Schlegelberger-Geßler, § 38, 276, der zwischen Berechnungs- und Beschränkungsklausel unterscheidet.

Abfindungsvorschriften dispositives Recht darstellen (2), verdienen die Klauseln ohne abweichenden Regelungsgehalt im Rahmen dieser Arbeit keine weitere Beachtung.

Die Zulässigkeit von Beschränkungsklauseln hängt hingegen im wesentlichen von dem Verständnis des gesetzlichen Leitbildes, der Einengung des Prüfungsgegenstands und der Vorgabe des Prüfungsmaßstabs ab, was den weiteren Gang der Untersuchung vorzeichnet.

Nach der Aussage des § 738 BGB wird zu ermitteln sein, in welchem Umfang Abfindungsregelungen zum Zwecke der Prüfung von dem übrigen Gesellschaftsvertrag isoliert werden dürfen. Anschließend müssen der Vertragstyp einer solchen Absprache untersucht und die relevanten Vorschriften zur Begrenzung der Vertragsfreiheit herausgearbeitet werden. Erst wenn diese Vorgaben feststehen, kann die konkrete Zulässigkeitsprüfung vorgenommen werden, die selbst wieder in drei Abschnitte unterfällt.

Primär ist die Zulässigkeit der Abfindungsregelung allein zu untersuchen und sodann die Relevanz weiterer Gesellschaftsabsprachen, wobei die Ausschlußklauseln besondere Beachtung verdienen. Als letztes müssen dann die Rechtsfolgen eines evtl. Verstoßes festgestellt werden.

2) BGH NJW 81,2565; 79,104; Ulmer in MK, § 738, 27; eine Gegenmeinung konnte nicht gefunden werden.

Erster Teil: Das gesetzliche Leitbild der

Abfindungsregelung

Der personengesellschaftliche Abfindungsanspruch findet seine gesetzliche Regelung ausschließlich in den §§ 738-740 BGB (1).

Der die Fälle einer anderen Art der Auseinandersetzung regelnde § 158 HGB trifft hinsichtlich der Abfindung des ausscheidenden Gesellschafters keine Regelung, da die Gesellschaft insoweit nicht als Dritter anzusehen ist (2).

Als Kern der gesetzlichen Abfindungsregelung ist somit § 738 I 2 BGB anzusehen, der den Grundsatz festschreibt, daß der ausscheidende Gesellschafter das erhält, was er auch im Falle einer Gesellschaftsliquidation erhalten hätte. Wie jedoch schon in der Einleitung dargestellt, wird diese knappe Behandlung den heutigen Bedürfnissen kaum mehr gerecht, da Einzelfragen durch den allgemein gehaltenen Wortlaut nicht beantwortet werden.

Im wesentlichen kann man hierbei drei Problemkreise unterscheiden, nämlich die Frage des Entstehungszeitpunktes und der Anspruchsfälligkeit, die nach dem Schuldner der Ausgleichsverpflichtung und die des Anspruchsumfangs, was die bekannten Bewertungsschwierigkeiten beinhaltet.

A. Entstehung und Fälligkeit des Anspruchs

Anspruchsvoraussetzung ist gemäß § 738 BGB das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer weiterbestehenden Gesellschaft. In Einklang mit einer in der Literatur

1) RGZ 36, 97 (99); Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 138, 4 A; Ulmer in MK § 738, 1.

2) RGZ 157, 369 (373); Bohnenberg, § 158, 1 und § 145, 3b.

vertretenen Meinung (3) könnte man daraus ableiten, daß der Anspruch auch erst im Moment des Ausscheidens entsteht. Andererseits ist jedoch nicht zu verkennen, daß die Abfindung als Ausgleich für den Verlust der mitgliedschaftlichen Rechte des Gesellschafters und dem damit verbundenen Verlust der Einlage gewährt wird. Demnach würde es sich um einen Anspruch aus dem Gesellschaftsvertrag handeln, der bereits mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages als ein durch das Ausscheiden aufschiebend bedingtes Recht entstehen würde (4), wobei allerdings die Anspruchshöhe noch unbestimmt ist (5).

Für eine Entstehung bereits zum Zeitpunkt des Gesellschaftsvertragsabschlusses könnte die Regelung des § 717, BGB sprechen. § 717 Satz 2 BGB schränkt das sich auf mitgliedschaftliche Regelungen beziehende Veräußerungsverbot des § 717 Satz 1 BGB im Hinblick auf Auseinandersetzungsansprüche ausdrücklich ein. Daraus aber könnte man folgern, daß der Auseinandersetzungsanspruch den mitgliedschaftlichen Rechten ansonsten gleichzustellen ist und ebenfalls bereits mit Einräumung der Gesellschafterstellung entsteht.

Der Abfindungsanspruch wäre dann wie der Auseinandersetzungsanspruch zu behandeln, da er bei Fortführung der Gesellschaft an dessen Stelle tritt.

Zwingend ist diese Folgerung jedoch nicht, da § 717 Satz 2 BGB auch nur Klarstellungsfunktion haben könnte, was gerade für eine Anspruchsentstehung bei Ausscheiden spräche.

Allein die Veräußerungsmöglichkeit eines bestimmten Rechts kann aber die hier relevante Frage nicht

3) Lubitz, S. 112; Knöchlein, DNotZ 1960, 452 (466); Rokas, S. 26; Siebert, StbJb 1955/56, 299 (310); Ulmer in Großkomm. HGB, § 138, 36; Wiedemann, Übertragung, S. 301, im Gegensatz zu Seite S. 167, S. 168.

4) RGZ 60, 126 (130); Glunz, S. 203; Heckelmann, S. 26; Hinke, S. 43; Nitschke, S. 346; Ziegler, S. 43.

5) Staudinger-Keßler, § 717, 18; Wiedemann, Übertragung, S. 168.

entscheiden. Denn es ist anerkannt, daß auch künftige Forderungen übertragen werden können (6), sodaß dies weder für eine Entstehung vor, noch nach dem Ausscheiden spricht.

Da § 717 BGB eine eindeutige Antwort nicht gibt, ist mithin auf das Verständnis des § 738 BGB und die zugrundeliegende Interessenlage abzustellen.

Mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages wird regelmässig eine Verpflichtung des Gesellschafters zur Einlageleistung begründet. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um den Kauf mitgliedschaftlicher Rechte, vielmehr werden nur die zur Erreichung des Gesellschaftszwecks erforderlichen Mittel zur Verfügung gestellt. Schon bei Hingabe der Einlage steht daher fest, daß bei Ausscheiden der entsprechende Wert zurückgewährt werden muß. Daraus aber ergibt sich, daß schon im Moment des Vertragsabschlusses eine Regelung für den Moment des Ausscheidens getroffen werden soll. Mithin ist der Meinung zu folgen, daß der Abfindungsanspruch als ein durch das Ausscheiden bedingter Anspruch bei Gesellschaftsvertragsabschluß begründet wird.

Hieraus folgt jedoch nicht zwingend, daß bei Eintritt der Bedingung zwangsläufig eine Fälligkeit des Anspruchs vorliegt. Es könnte sich auch um eine betagte Verbindlichkeit handeln.

§ 738 Abs. 1, 2 BGB trifft zu dieser Frage keine Aussage, sodaß man wegen § 271 Abs. 1 BGB von einer sofortigen Fälligkeit ausgehen könnte (7).

Ob dieses Verständnis jedoch die wirtschaftlichen Notwendigkeiten in ausreichendem Maß berücksichtigt, erscheint fraglich. Die Höhe des Anspruchs steht nämlich erst mit

6) Heckelmann, S. 26; Lubitz, S. 110.

7) Ulmer in MK, § 738, 15; Schlegelberger-Geßler, § 138, 25.

Erstellung einer Abschlußbilanz (8) fest, sodaß zuvor allenfalls Abschlagszahlungen denkbar sind. Ein ähnliches Resultat folgt aus der Überlegung Heckelmanns (9), die Fälligkeit müsse schon unter dem Gesichtspunkt der ansonsten bestehenden Verzugsgefahr hinausgeschoben werden. Allerdings ist diese Argumentation schwach, da es regelmässig an dem gem. § 285 BGB erforderlichen Verschulden fehlen wird (10).

Das Ergebnis folgt vielmehr unmittelbar aus der Folge einer wörtlichen Interpretation der Vorschrift des § 738 I 2 BGB selbst. Dieser sieht grundsätzlich eine Gleichstellung zur vollständigen Liquidation vor, auch wenn für die Frage der Bewertung Ausnahmen zugunsten des Ausscheidenden gelten. Der Anspruch der einzelnen Gesellschafter auf ihren Teil des Liquidationserlöses ist aber durch die zuvor erforderliche Realisierung des Gesellschaftsvermögens aufgeschoben. Daraus aber folgt, daß ein gewisser Bewertungs- und Kapitalbeschaffungszeitraum auch im Falle des § 738 I 2 BGB zu gewähren ist (11).

Ob dieses Ergebnis im einzelnen dadurch erzielt wird, daß grundsätzlich von einer Fälligkeit bei Ausscheiden auszugehen ist, die aber wegen der gem. § 271 I BGB zu beachtenden Einzelfallumstände (12) oder der

8) Hueck, OHG, S. 458; Jauernig-Stürner, § 738-740, 3 a bb; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 738, 7 (insbesondere zur Frage, ob auch der ausscheidende Gesellschafter Bilanzen erstellen muß)

9) Heckelmann S.27

10) Leistungshindernisse tatsächlicher Art sind Entschuldigungsgründe, soweit sie nicht vom Schuldner zu vertreten sind. Jauernig-Vollkommer, § 285, 2a

11) BGH BB 61,348; 59,719; Baumbach-Duden-Hopt, HGB § 138,5 G,K; Erman-Schulze-Wenck, § 717,2c; v.Gamm, BGB-RGRK § 738,3; Heckelmann, S.27; Riegger, S.96; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 738,5; Sudhoff, DB 64,1324 (1326)

12) Heckelmann S.27; Larenz, Schuldrecht AT S.116 ff; Ulmer in Großkomm. HGB, § 138,37,38; Ulmer in MK § 738,15

nachgesellschaftlichen Treuepflicht (13) auf einen Zeitpunkt erst nach Erstellung der Abschichtungsbilanz herausgeschoben wird, oder ob überhaupt erst ab diesem Moment eine Fälligkeit der Forderung vorliegt, ist nicht weiter relevant.

B. Schuldner des Anspruchs

Für die Handelsgesellschaften stellt sich im Rahmen des § 738 I 2 BGB die weitere Frage, wer als Schuldner des Abfindungsanspruches gilt.

Die wohl h.M. sieht die Gesellschaft als verpflichtet an (14) mit der Folge einer persönlichen Haftung der Gesellschafter gemäß § 128 I HGB, ein Teil stellt aber ausschließlich auf die Gesellschafter als Schuldner ab (15) oder nimmt ein Gesamtschuldverhältnis an (16).

Der Gesetzeswortlaut "diese sind verpflichtet" weist auf eine Schuld der einzelnen Gesellschafter hin. Hierbei ist jedoch zu beachten, daß sich § 738 BGB primär auf die BGB-Gesellschaft bezieht, für die aber im Gegensatz zu den Handelsgesellschaften eine eigene Schuld nicht begründet werden kann (17) mit der Folge, daß zwangsläufig auf die Gesellschafter verwiesen werden muß. Für die OHG aber, die als Vermögensmasse wegen § 124 I HGB rechtlich verselbständigt ist, besteht keine eigenständige Regelung. Eine generelle Übertragung des in § 738 I 2 BGB

13) RGZ 118,299; v.Gamm, BGB-RGRK § 738,3; Glunz, S.96;

Hueck, OHG, S.458; Sudhoff, Pers. Gesellschaft, S.313.

14) BGHZ 22,186 (190,195); BGH,WM 72,1399 (1400); 71,1451 (1452); RGZ 154,334 (335); 89,403 (408); Huber, Vermögensanteil, S.319; Knöchlein, DNotZ 60,455; Sieben, S.40; Staudinger-Keßler, § 738,4; Sudhoff, DB 64,1324 (1326); Ulmer in MK, § 738,11.

15) Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 738, 5 und 9.

16) Heckelmann, S.25; Hueck, OHG, S.458; Palandt-Thomas, § 738,2.

17) Heckelmann, S.23; Palandt-Thomas, § 705,5; Ulmer in MK, § 738,12, Wortlaut § 124 I HGB.

enthaltenen Prinzips ohne Berücksichtigung der Besonderheiten von OHG und KG erscheint aber schon wegen des übrigen Textes der Vorschrift bedenklich. Denn dort wird auf die der Gesellschaft zur Benutzung überlassenen Gegenstände abgestellt, die von den übrigen Gesellschaftern gem. § 732 BGB herauszugeben sind, wobei offenbleibt, ob hier nur alle gemeinsam oder jeder Einzelne handeln darf, da sich nach dem Wortlaut der Vorschrift diese Verpflichtung auch gegen jeden Gesellschafter richten kann. Bei OHG und KG hingegen ist diese Herausgabe nur der Gesellschaft möglich, nicht aber dem einzelnen Teilhaber, so daß eine Schuld des einzelnen Gesellschafters ausscheidet. Das muß auch für den Abfindungsanspruch gelten.

Ein anderes Ergebnis könnte sich jedoch aus dem Prinzip von An- und Abwachsung ergeben, sofern sich daraus eine Pflicht zum entgeltlichen Anteilserwerb der übrigen Gesellschafter ableiten ließe. Allerdings bezieht sich dieses nur auf die Gesellschafterstellung selbst und nicht auf deren Gegenwert, sodaß eine Verpflichtung der einzelnen Gesellschafter nicht begründet wird.

Gleiches folgt auch aus dem Verständnis der gesellschaftsvertraglichen Einlageverpflichtung als eine summenmäßig bestimmte Verbindlichkeit des einzelnen Gesellschafters, bei der eine Nachschußpflicht regelmäßig nicht besteht. Denn müßten die einzelnen Gesellschafter den Abfindungsanspruch als eigene Verbindlichkeit erfüllen, würde dadurch ihre Pflicht festgeschrieben, neben der bereits erbrachten Einlage für ihre Gesellschafterstellung zusätzliche Mittel aufzuwenden, was gerade typisches Merkmal einer Nachschußpflicht ist.

Daher darf nur die Gesellschaft als Schuldner des Abfindungsanspruchs gelten, der somit auch als Sozialverbindlichkeit anzusehen ist (18). Die eventuelle Möglichkeit

18) Huber, S.319; Heckelmann, S.24; Ulmer in MK § 738,11; Wiedemann, S.269.

einer s p ä t e r e n (19) Haftung (20) der einzelnen Gesellschafter (21) steht dem nicht entgegen, entscheidend ist vielmehr, daß der Anspruch auf Abfindung aus dem internen Verhältnis der Gesellschafter zueinander resultiert (22).

C. Anspruchsumfang

Dieser Problemkreis unterteilt sich wiederum in drei Aspekte, nämlich welche Vermögenspositionen durch den Abfindungsanspruch des § 738 I 2 BGB ausgeglichen werden sollen, wie diese zahlenmäßig zu bewerten sind und wieviel Prozent des Gesamtvermögens auf den ausscheidenden Gesellschafter entfallen.

I. Die zu berücksichtigenden Vermögenspositionen

Den Wortlaut des § 738 I,2 BGB, der von einer fiktiven Gesellschaftsauflösung ausgeht, könnte man so verstehen, daß nur die auch im Falle einer Auseinandersetzung relevanten Werte berücksichtigt werden dürfen.

Dennoch könnten nur die einzelnen in der Gesellschaft enthaltenen Werte zur Berechnung herangezogen werden und

19) Heckelmann, S.24; die Haftungsbeschränkung besteht nur für das bestehende Gesellschafts-Verh. (Zusammenarbeit), mit Ausscheiden entfällt sie daher.

20) Da der Ausscheidende so gestellt werden muß, als ob die Gesellschaft aufgelöst worden wäre (vergl. Wortlaut, § 738 I 2), ist schon wegen § 735 BGB eine Haftung der einzelnen Gesellschafter gegeben, wenn die Gesellschaft ihre Schuld nicht begleicht. BGH BB 7,1530; Hueck, OHG, S. 268,520; Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 138,5 M.

21) BGHZ 37,299 (303); Westermann, RZ 373,374; Heckelmann, S.24,1; Wiedemann, S.271.

22) Wegen des Stufenverhältnisses zwischen Schuld und Haftung scheidet die Annahme einer Gesamtschuld aus, BGHZ 46,15; Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 128,2 A.

nicht der höhere oder geringere Bestandswert des eingeführten und funktionierenden Unternehmens. Ebenso würden die zukünftigen Gewinnchancen entfallen, da § 740 BGB nur den Fall der schwebenden Geschäfte regelt, also solche, für die schon zumindest ein Angebot vorliegt (23), und der im Firmennamen und Goodwill verkörperte Wert. Zwar ist es denkbar, sowohl den Firmennamen als auch den Goodwill zu verkaufen, jedoch wird nie der tatsächlich bestehende Wert erzielt werden. Denn diese Faktoren drücken gerade das Vertrauen in eine bestehende Firma unter Berücksichtigung der Kapital- und Personalsubstanz aus, bei einer Veräußerung oder Weiterführung durch Dritte tritt aber insoweit eine Veränderung ein.

Andererseits ist es aber nur schwer verständlich, warum der ausscheidende Gesellschafter an den noch weiterbestehenden Werten der Gesellschaft nicht partizipieren soll. Vielmehr wäre es einleuchtend, wenn dem ausscheidenden Gesellschafter zusätzlich ein Bonus dafür gezahlt würde, daß die Gesellschaft unter Einbehaltung des Beteiligungswertes des Ausscheidenden fortgesetzt werden kann. Unter Beachtung dieses Bonus kommandite h.M. und die Rechtsprechung zu einer Abfindung, die am vollen Wert der lebenden Gesellschaft ausgerichtet ist (24), was überzeugt. Denn der ausscheidende Gesellschafter hat zur Zeit seiner Gesellschaftszugehörigkeit mit den Grund für diese spätere Werterhöhung gesetzt, die ihm somit - ebenso wie nachträglicher Gewinn - anteilig zufallen muß. Dies ergibt sich sowohl aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz als auch aus dem Gedankens des § 740 BGB, der hier nur deshalb nicht anzuwenden ist, weil die mit dem Fortbestand der Gesellschaft verbundene Wertsteigerung kein "schwebendes Rechtsgeschäft" ist.

23) OLG Celle, BB 54,757; Palandt-Thomas, § 240,1.
 24) BGHZ 17,130 (136); BGH NJW 79,104; BGB BB 70,151; 61,348; BGH WPM 55,804; RGZ 140,10; 106,128 (132); Braittinger, S.7, Fn.18 m.w.N.; Crüwell, S.112 ff; v. Gamm in BGB RGRK, § 738,4; v. Gierke, Handelsrecht, S.220; Heckelmann, S.28; Heidenhain-Oldenburg, S.85; Helmuth, S.11; Huber, S.320; Hueck, OHG, S.452 ff; Rittner, FamRZ 61, 505 (509); Schlegelberger-Gebler, § 138,17,20; Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 738,6; Staudinger-Keßler, § 738,6; Sudhoff, Unternehmensnachfolge, S.55; ders. ZGR 72,157 ff; ders. DB 64,1324; Ulmer in Großkomm. HGB, § 138,40; Ulmer in MK, § 738,24.

Diese Lösung widerspricht auch nicht dem Gesetz (25), wie Schönle einwendet. Denn § 738 I 2 BGB bezieht in Einzelfragen der Bewertung keine Stellung und gibt somit auch nicht die zuberücksichtigenden Wertfaktoren im einzelnen vor. Aus dem Verständnis der Abfindungsregelung folgt vielmehr, daß der Gesellschafter im Verhältnis zu seinen Mitgesellschaftern seiner Einlage entsprechend gleichbehandelt werden soll, was auch bei Gesellschaftsauflösung gewährleistet ist. Im Falle des Ausscheidens muß demnach als Berechnungsgrundlage das lebende Unternehmen als Ganzes herangezogen werden.

Mitentscheidend für diese Auffassung ist auch ein Praktikabilitätsgesichtspunkt. Da der fiktive Wert eines Unternehmens bei Auflösung jedenfalls erheblich schwieriger zu bestimmen ist als der jetzt tatsächlich vorhandene, das erstere erfordert eine weitere Fiktion, ist auch unter Berücksichtigung des Prinzips der Rechtssicherheit von einer Orientierung an dem wirklichen Wert des noch bestehenden Unternehmens auszugehen (26).

II. Wertberechnung

Wie dieser Wert jedoch zu ermitteln ist, ergibt sich nicht aus dem Gesetz, das nur auf den Weg der Schätzung verweist.

Dem zuvor ermittelten Verständnis folgend, darf jedoch weder auf Steuer-, Gesellschafts- oder Jahresbilanzen (27), noch auf Buch- oder Einheitswerte zur Wertbestimmung abgestellt werden (28), da diese nicht unbedingt die

25) Schönle, DB 59, 1427 (1428).

26) BGH WM 1961, 323 (324); Braitinger, S. 8; Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 138, 10; Husemann, DB 1951, 329 (330); Sudhoff, Personengesellschaften, S. 251, 252.

27) RG LZ 27, 1109; RG JW 36, 3117 (3118) mit Anm. Bach, 3119 ff; Heidenhain-Oldenburg, S. 85.

28) Diss. Andörfer, S. 58; Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 138, 5 A; v. Gamm in BGB-RGRK, § 738, 4; Knöchlein, DNotZ 60, 452 (460); Ulmer in Großkomm. HGB, § 138, 44.

im Moment des Ausscheidens vorhandenen Wertfaktoren repräsentieren müssen.

Vielmehr ist an den objektiven Wert des Gesellschaftsanteils bei Weiterführung anzuknüpfen (29).

Nun stellt sich jedoch das Problem, daß es einen einzig gültigen objektiven Wert für Gesellschaften nicht gibt (30).

Die Rechtswissenschaft hat bis heute keine eindeutige Ermittlungsmethode gefunden, sondern sich an den betriebswirtschaftlichen Theorien orientiert (31), die aber nicht zu einheitlichen Ergebnissen führen (32), was wegen der Unberechenbarkeit wirtschaftlicher Entwicklungen und der davon abhängigen Veranschlagung der abstrakten Vermögenspositionen wie "good-will" und Firmenname (33) verständlich ist.

Auf Einzelfragen soll im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden. Detaillierte Ausführungen finden sich bei Nonnenmacher und Großfeld (34).

Hingewiesen sei nur auf die beiden wesentlichen Ermittlungsarten, die Substanzwert-(35) und die Ertragswertme-

29) BGHZ 17,130; BGH WM 71,1450 (wirklicher Wert des lebenden Unternehmens); RGZ 160,131; Knöchlein, DNotZ 60,452 (460); Staudinger-Keßler, § 738,9; Ulmer in Großkomm. HGB, § 138,33.

30) Goroncy, NJW 62,1895; Potthoff-Zintzen, S.202; Melle-rovicz, S.60 ff; Siebert, NJW 60,1033; Sudhoff, NJW 49,88; Westermann, RZ 435.

31) BGHZ 71,41 (52); BGHZ 70,224 (228); BGHZ 6,163 (164); BGH WM 79,432; BGH NJW 78,1316; Ballwieser, BFuP 81,97; Glunz, S.17; Heckelmann, S.31; Jaensch, S.9; Münstermann, BFuP 80,114; Nonnenmacher, S.150 ff m.w.N.; Roser, DB 80,894; Zehner, DDB 81,2109; Ausspracheergebnisse Thema H.

32) Glade, StbJb 69/70,287 (322); Heckelmann, S.33; Kersten-Bühling, Rz. 956; Koppenberg, Tabellen, S.162.

33) Nonnenmacher, S.149 ff; Viel-Brecht-Renardt, S.38 ff; Wöhe, S.559; Zehner, DB 81,2109.

34) Großfeld, S.31 ff; Nonnenmacher, insbes. S. 150 ff; ders., ZGR 81,674.

35) Diese addiert die Einzelwerte und den geschätzten "good-will", Braitinger, S.21 m.w.N.

thode (36), die bisweilen (37) miteinander kombiniert werden (38).

III. Ermittlung der Beteiligungshöhe

Des weiteren ist fraglich, woran sich der auf den auscheidenden Gesellschafter entfallende Prozentsatz vom Gesamtwert orientiert.

Wie Heckelmann (39) ausführt, käme für die BGB-Gesellschaft gem. § 734 BGB das Verhältnis der Gewinnanteile in Betracht, für die Handelsgesellschaften dagegen die Relation der Kapitalanteile gem. §§ 155 I HGB, 734 BGB.

Wegen der damit verbundenen Unbilligkeiten stellen die Rechtsprechung (40) und h.M. (41) jedoch auf einen Gewinn und Verlust-Verteilungsschlüssel für die einzelnen Zeitabschnitte ab. Zumindest im Hinblick auf Handelsgesellschaften ist dieser Auffassung zu folgen, da das Abstellen auf den Kapitalanteil wegen des Fortschreibens der Kapitalkonten nur für das laufende Geschäftsjahr Ergebnisse vermittelt, welche die stillen Reserven und den "good-will" in ausreichendem Maße berücksichtigen, nicht aber für die Jahre zuvor (42).

36) Diese geht von einer einheitlichen Unternehmensbewertung aus, die sich aus dem zukünftigen Ertrag und einem Kapitalisierungsschlüssel errechnet, Wöhe, S.559.

37) BGHZ 71,41 (52); 68,163 (164); BGH WM 79,432; Hennerkes-Binz, NJW 83,73 (76); Zehner, DB 81,2109 (2110).

38) etwa beim Mittelwertverfahren (Berechnung aus Teilreproduktions- und Ertragswert) oder beim Stuttgarter Verfahren (Berechnungsmethode auf Grund verkürzter "good-will"-Rentendauer, Nonnenmacher, S.155 ff). So auch beim U.E.C.-Verfahren, Bellinger, WPg 80,575; Dörner, WPg 77,657; Zu den Berechnungsmöglichkeiten vergl. auch Bredt, Zfb 69,832; Jaensch, Zfb 69,643 ff; Ulmer in Großkomm. HGB, § 138, 78-83; Viel, Zfb 70,331.

39) Heckelmann, S.35.

40) BGHZ 19,42 (47); 17,130 (136); BGH NJW 56,907; 55,1025 mit Anm. Buchwald, NJW 56,907.

41) Glunz, S.90; Huber, S.321; Hueck, OHG, S.455; Knöchlein, DNotZ 60,425 (462); Schlegelberger-Geßler, HGB § 138,22; Ulmer in Großkomm. HGB, § 138,62.

42) Heckelmann, S.35.

Zweiter Teil: Prüfungsgegenstand

Dem Thema der Arbeit entsprechend sollen beschränkende Abfindungsvereinbarungen in Personenhandelsgesellschaften den Prüfungsgegenstand bilden.

Wegen der Natur des Gesellschaftsvertrags als gestaltender Sozialakt und den Besonderheiten des damit einhergehenden mehrseitigen Rechtsverhältnisses könnte es jedoch geboten sein, diese Klauseln nicht isoliert, sondern nur im Rahmen des Gesamtvertragsverhältnisses zu betrachten (1) mit der Folge, daß als Prüfungsgegenstand der gesamte Gesellschaftsvertrag angesehen werden müßte.

Zu diesem Problem nimmt insbesondere Lubitz (2) detailliert Stellung, der jedoch im Ergebnis zur Zulässigkeit einer isolierten Betrachtungsweise kommt mit der Begründung, solange der Gesetzgeber den Gesellschaftsvertrag nicht einem besonderen Gemeinschaftsrecht zugeordnet habe, das alle hieraus resultierenden Ansprüche regelt, dürfe man die einzelnen Ansprüchen und Verpflichtungen dieses Vertrags auf ihren rechtsgeschäftlichen Typus hin untersuchen.

Von diesem Ergebnis gehen ebenfalls sowohl die Rechtsprechung (3) als auch die h.M. (4) aus, ohne es jedoch weiter zu begründen.

Schon aus der Gesetzessystematik könnte die Zulässigkeit einer abgesonderten Betrachtungsweise herzuleiten sein. Das Klammerprinzip des BGB geht grundsätzlich von einer

1) Rittner, Fam RZ 61, 505.

2) Lubitz, S. 32 ff.

3) BGH NJW 79, 104; BGHZ 22, 186 (194).

4) Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 138, 51; Schlegelberger-Geßler, HGB, § 138, 27; Ulmer in MK, § 738, 32 ff; weitere Nachweise bei Heckelmann, S. 71 m.w.N. Fn 177; Lubitz, S. 35 m.w.N. Fn 1-4.

Anwendung der im allgemeinen Teil festgeschriebenen Prinzipien auf die verschiedenen Schuldrechtstypen aus, wobei sich auch aus § 139 BGB ergibt, daß eigenständige Vertragsteile abgetrennt werden dürfen. Im Bereich des Schuldrechts ist es ebenfalls üblich, Absprachen in verschiedene Vertragstypen zu zerlegen. Zwar handelt es sich bei dem Gesellschaftsvertrag trotz seiner Stellung im besonderen Schuldrecht nicht um den typischen Fall eines Austauschvertrags, ob sich aus dem überschießenden mitgliedschaftlichen Aspekt allerdings ein generelles Verbot der Anwendung üblicher Auslegungs- und Verständnisprinzipien ableiten läßt, erscheint fraglich.

Dem Gesetz sind atypisch ausgestaltete schuldrechtliche Verträge auch an anderer Stelle nicht fremd, etwa die gleichzeitig dinglich wirkenden Aufrechnungs-, Abtretungs- und Erlaßabsprachen, ohne daß aus dieser Besonderheit eine generelle Unanwendbarkeit der übrigen zivilrechtlichen Grundsätze gefolgert wird.

Es ist daher nicht erkennbar, wieso das Gesellschaftsrecht eine Ausnahme darstellen soll.

Schon der Abschluß des Gesellschaftsvertrags stellt auf den allgemeinen Teil des BGB ab, es gelten die Vorschriften über die Willenserklärung. Des weiteren legt die nicht abschließende Behandlung dieses Vertragstyps den Schluß nahe, daß die im einzelnen auftretenden Probleme systemkonform behandelt werden sollen. So läßt das Fehlen einer detaillierten Regelung zum Problem der Sacheinlage nur den Schluß zu, daß diese im wesentlichen dem Kaufrecht zu unterstellen ist (5), gleiches gilt für eine Einlageleistung durch Erbringung der persönlichen Arbeitskraft, die eine Anwendung des Dienstrechts verlangt (6).

5) Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 105, 2 F; Erman-Schultze-Wenck, § 706, 3; Palandt-Heinrichs, § 305, 4 D, 5 C.

6) BGH DB 80, 731; Erman-Schultze-Wenck, § 706, 8; Palandt-Thomas, § 706, 1 d.

Es wäre daher systemfremd, eine isolierte Prüfung der Abfindungsregelung nicht zuzulassen, wobei allerdings deren Auswirkungen auf das restliche gesellschaftliche Gesamtgefüge zu beachten sind.

Dritter Teil: Prüfungsmaßstab

Der Frage nach der Zulässigkeit bestimmter Vertragsabsprachen muß regelmäßig die Überlegung vorangestellt werden, welche Vorschriften von diesen berührt und möglicherweise verletzt werden können, wobei das Prinzip des Vorrangs spezialgesetzlicher Vorschriften einen Anfang mit gesellschaftsrechtlichen Normen gebietet. Somit ist festzustellen, welche dieser Vorschriften denkbarerweise betroffen sein können, was im Wesentlichen von deren Verständnis als dispositive oder zwingende Norm abhängt. Des weiteren ist zu untersuchen, ob der Gleichbehandlungsgrundsatz und die Wettbewerbsfreiheit als allgemeine Prinzipien eine Vereinbarungsschranke für Abfindungsregelungen darstellen können. Erst anschließend ist für die verbleibenden Bereiche auf die allgemeinen Regelungen abzustellen, deren Anwendbarkeit zum Teil von der rechtsgeschäftlichen Ausgestaltung der Abfindungsvereinbarung abhängt. Daher ist es in diesem Rahmen erforderlich, die Klausel einem bestimmten Rechtsgeschäftstypus zu unterstellen, denn ein entgeltlicher bzw. gegenseitiger Vertrag stößt auf andere Schranken als ein Schenkungsversprechen, für das im Einzelfall spezialgesetzliche Regelungen (7) gelten. In diesem Zusammenhang ist auch zu überlegen, ob neben den gesellschaftsrechtlichen Regelungen eine Unzulässigkeit aus weiteren, möglicherweise nur im Einzelfall gegebenen Vorschriften, herzuleiten ist, wie etwa der Vertragsstrafe, dem pauschalierten Schadensersatz oder dem Verbot der zukünftigen Vermögensübertragung.

7) Formerfordernisse, §§ 518, I, 2301 I; Anfechtungsmöglichkeit, §§ 31 ff KO, 3 I 1 u. 3, AnfG; Fristenregelung, §§ 32 KO, 3 AnfG, 2325 III u. 1375 III BGB.

A. Gesellschaftsrechtliche Begrenzungsvorschriften

Wie bereits oben festgestellt wurde (8), stellen die Abfindungsregelungen dispositives Recht dar mit der Folge, daß sie keine Zulässigkeitsschranke für die hier relevanten Absprachen bilden können.

Die Abfindung regelt jedoch im Falle einer Kündigung auch die Kündigungsfolgen (9), sodaß durch besonders harte Abfindungsklauseln zumindest mittelbar Kündigungsbeschränkungen entstehen können (10). Es ist somit zu prüfen, inwieweit die gesetzlich vorgesehene unbeschränkte Kündigungsmöglichkeit zwingendes Recht darstellt, da sie nur dann wegen des Grundsatzes der Vertragsfreiheit als Grenze vertraglicher Absprachen in Betracht kommen kann.

Wegen der möglicherweise divergierenden Interessenlage ist es geboten, die Gläubigerkündigung getrennt von den übrigen Vorschriften zu behandeln.

I. Gesellschafterkündigung und Auflösung durch

gerichtliche Entscheidung

Im Handelsgesellschaftsrecht treffen die §§ 132, 133 HGB eine Regelung über das Kündigungsrecht des

8) vgl. S.3.

9) Heckelmann, S.124.

10) RGZ 162,388 (393); Andörfer, S.65 ff; Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 132,3 B; Erman-Schulze-Wenck, BGB, § 732,3 b; Esser, Schuldrecht II, S.297; v. Gamm in BGB-RGRK, § 723,15; Herrmann, S.56; Hinke, S.41; Huber, S.328; Hueck, OHG, S. 366; Nitschke, S.345; Palandt-Thomas, § 723, 2 c; Schlegelberger-Geßler, HGB, § 132,16; Schwandt, S.72; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 723,24; Staudinger-Keßler, § 723,42 b; Sudhoff, Personengesellschaften, S.319; Wiedemann, Übertragungen, S.92.

Gesellschafters. Aus § 133, III HGB ergibt sich, daß zumindest ein Teil dieser Kündigungsvorschriften zwingenden Charakter hat, wobei dieser Bereich aber nicht eindeutig vorgegeben ist.

Betrachtet man allein die handelsrechtlichen Regelungen, könnte man annehmen, daß Kündigungsbeschränkungen solange zulässig sind, wie im Falle eines wichtigen Grundes eine gerichtliche Auflösung verlangt werden kann (11).

Ob dieses Verständnis jedoch mit dem Prinzip der Handelsgesellschaft als eine Sonderform der in den §§ 705 ff BGB geregelten Gesamthand vereinbar ist, erscheint fraglich. Voraussetzung hierfür wäre nämlich, daß § 132 HGB eine abschließende Sonderregelung darstellt (12), der die BGB-Vorschriften zur gesellschaftlichen Kündigung vollständig verdrängt.

Schon an der ersten Voraussetzung bestehen aber erhebliche Zweifel. Aus § 105 Abs.2 HGB ergibt sich, daß die handelsgesetzlichen Normen die Vorschriften über die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nur insoweit verdrängen, als eine spezialgesetzliche Regelung getroffen ist. Nun ergibt jedoch § 132 HGB nicht, daß die möglicherweise gemäß § 723 BGB bestehenden Kündigungsbeschränkungen für die Handelsgesellschaften nicht gelten sollen. Vielmehr setzt die handelsrechtliche Vorschrift von ihrem Verständnis die Kündigungsregelung des § 723 BGB voraus, mit der Folge, daß man sie nur als eine Ergänzung verstehen kann, die die Kündigungsregelungen der BGB-Gesellschaft modifiziert (13).

11) Siebel, DNotZ, 54,71 (73) ff.

12) Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 132, 3 A., der vom "Rechtsgedanken" des § 723 Abs.3 spricht; Koehler, Anm. zu BGH JZ 54,194, JZ 54,195; Siebel, DNotZ 54, 71 (74) ff.

13) BGH DB 73,1545; BGH NJW 54,106; RGZ 61,329; Bohnenberg, § 132,III; Geßler, Soz. Prax., 39,670 (673); Huber, S.54 ff, H.P. Westermann, Typengesetzlichkeit, S.234 Fn.

Selbst wenn man jedoch entgegen dieser Auffassung von einem Verständnis des § 132 HGB als abschließende Sondervorschrift ausgehen würde, so stünde diese doch unter dem Lichte des § 723 III BGB (14).

Allein aus dem Fehlen eines besonderen Verbotes in § 132 HGB darf man daher nicht folgern, Kündigungsbeschränkungen oder Ausschlüsse seien generell zulässig (15).

Mithin ist es zum Verständnis der handelsrechtlichen Kündigungsvorschriften erforderlich, die §§ 723, 724 BGB zu analysieren.

In § 723 III BGB ist eine Beschränkung oder ein Ausschuß des Kündigungsrechts "dieser Vorschrift zuwider" verboten. Schon aus dieser Formulierung ergibt sich, daß hiermit nicht ein generelles Verbot aller Kündigungsmodifikationen gemeint sein kann, sondern daß sich ein Verständnis nur aus der vorstehenden Regelung ergibt.

Grundsätzlich werden im Bereich der Kündigungsvorschriften zwei Begriffspaare unterschieden, zum einen die Gesellschaft auf bestimmte und die auf unbestimmte Zeit und zum andern die gewöhnliche Kündigung und die aus wichtigem Grund.

Gemäß der §§ 723 I, 1, 724, 1 u. 2 BGB kann ein Gesellschafter die Gesellschaft, die auf unbestimmte oder Lebenszeit eingegangen ist, j e d e r z e i t kündigen. Das gleiche gilt für die nach Zeitablauf stillschweigend Fortgesetzte (§ 724, 2). Die zweite Variante (§ 723 I, 2) beschäftigt sich mit Gesellschaften, die auf bestimmte Zeit abgeschlossen sind. Bei diesen ist grundsätzlich sowohl eine Kündigungsfrist als auch ein Kündigungsausschuß für die vereinbarte Zeit zulässig, sofern kein gewichtiger Grund vorliegt. Daraus ergibt sich, daß bei Gesellschaften auf Zeit gemäß § 723 III BGB nur eine Vereinbarung über die außerordentliche

14) Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 132 3 A.

15) Bohnenberg, § 132 III; Glunz, S. 169 ff; Heckelmann, S. 131; Huber, S. 55 u. 326; Hueck, OHG, S. 364; Nitschke, S. 345; Schlegelberger-Geßler, HGB, § 132, 12; Schwandt, S. 67 ff; Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 723, 42.

Kündigung unzulässig ist (16) , die ordentliche steht zur Disposition der Parteien (17).

Für das Verständnis des § 723 III BGB ergibt sich somit, daß es nicht die Intention des Gesetzes ist, generell Kündigungsbeschränkungen auszuschließen. Vielmehr steht der Persönlichkeitsschutz der einzelnen Gesellschafter im Vordergrund. Wer sich einer gesellschaftlichen Bindung unterwirft, soll wissen, für wie lange. Unter normalen Bedingungen wird er an einem solchen Vertrag festgehalten. Nur bei außergewöhnlichen, in der Regel bei Vertragsabschluß noch gar nicht absehbaren Umständen soll ihm das Recht der außerordentlichen Kündigung zustehen.

Es geht also um die Überschaubarkeit (18) der persönlichen Bindung, und zwar für alle Beteiligten. Daher erscheint es auch konsequent, zeitlich sehr langfristige, aber exakte Limitierungen der "Gesellschaft auf bestimmte Zeit" zuzuordnen, auch wenn es sich um eine Bindung handelt, die voraussichtlich über die Lebenszeit hinausgeht (19), solange diese Zeiträume nicht "ethisch untragbar" sind (20).

An eine Gesellschaft, die dagegen nicht auf bestimmte Zeit abgeschlossen ist, soll man andererseits aber gerade nicht unwiderruflich gebunden sein, da ein klares voluntatives Element fehlt. Das gilt auch für die Gesellschaft auf Lebenszeit, da die Terminierung dem Zufall überlassen bleibt.

16) BGH JZ 54,194 mit Anm. Koehler; RGZ 162,388 (393); RGZ 156,129 (133).

17) Heckelmann, S.130; Palandt-Thomas, § 723, 1 b; Jauernig-Störner, § 723-728, 4c; Ulmer in MK, § 723,13.

18) BGHZ 50,322; Baumbach-Duden-Hopt, HGB § 132,1.

19) Barz, JW 38,490 ff; v.Gamm in BGB-RGRK, §§ 724,1, 723,13; Gersch, BB 77, 871 modifizierend 873; Huber, S.54, Fn.82; Hueck, OHG, S.360 Fn.6; Hueck, Festschrift für Larenz, S.741; Müller-Erbach, Handelsrecht, S.210; Nitschke, S. 369 ff; Schlegelberger-Geßler, HGB, § 134,3; Simon, DB, 61,1679 (81); Ulmer in Großkomm.HGB § 134,3,7; Westermann, Rz, S.623.

20) RGZ, 156,129 (136); Knur, Fam.ges.S30; Koenigs, S.263 m. Fn.6 (der allerdings auf den Übereilungsschutz abstellt); H.P. Westermann, Typengesetzlichkeit, S.235.

Daraus ergibt sich, daß auch im Bereich der Handelsgesellschaften die Kündigungsvorschriften den einzelnen Gesellschafter vor unübersehbaren Bindungswirkungen schützen sollen, mit der Besonderheit einer Kündigungsfrist gem. § 132 HGB. Diese beruht zum einen auf der Notwendigkeit eines größeren Kapital- und Bestandsschutzbedürfnisses (21) der Handelsgesellschaft, zum andern auf dem Gedanken des Verkehrs- und Vertrauensschutzes (22).

Auf Grund dieser gegenüber der BGB-Gesellschaft differierenden Interessenlage ist es aber zulässig, auch das Kündigungsrecht einer auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Handelsgesellschaft für bestimmte Zeit auszuschließen oder zu beschränken (23), soweit die Kündigungsmöglichkeit dadurch nicht auf Dauer vereitelt wird (24).

Denn insoweit ist die Situation vergleichbar mit einem Gesellschafterverhältnis auf bestimmte Zeit.

Das ergibt sich auch aus vergleichbaren Regelungen, wie §§ 621, 622 u. 624 BGB, die in ihrem zwingenden Kern letztlich nur auf die Lösungsmöglichkeit abstellen, während die Frist zumindest im Falle des § 624 verkürzt werden kann (25).

Der darüber hinausgehende Bereich steht somit gemäß § 132 HGB, § 723 III BGB nicht zur Disposition der Parteien.

Soweit der zwingende Kern der außerordentlichen Kündigungsvorschriften ermittelt werden soll, ist für die Handelsgesellschaften allein § 133 HGB maßgeblich. Denn dieser geht in sachlichen Anwendungsbereich über die Regelung des § 723 III BGB hinaus und verdrängt diesen daher

21) Heckelmann, S.137.

22) Bohnenberg, § 132 I; die BGB-Gesellschaft ist grundsätzlich nicht auf Dauer angelegt.

23) BGHZ, 10,98; Gersch, BB 77,871; Hueck, Festschrift für Larenz, S.741; Baumbach-Duden-Hopt, HGB § 132,3 B

24) BGH NJW 61,2004; RG HRR 26,1266; Baumbach-Duden-Hopt, HGB §132,3 A.

25) Erman-Küchenhoff, § 624,3; Jauernig-Schlechtriem, §624,2.

aus Gründen der Spezialität (26).

Dieses Ergebnis folgt schon daraus, daß die Handelsgesellschaft regelmäßig unter einer Firma im Rechtsverkehr auftritt und über nicht unbeträchtliches Vermögen verfügt, sodaß zum Schutze der verbleibenden Gesellschafter oder Dritter, die mit der Gesellschaft in Vertragsbeziehungen stehen, solche schwerwiegenden Entscheidungen grundsätzlich nur durch ein Gericht ausgesprochen werden sollen.

Daraus aber folgt, daß sich das Beschränkungsverbot des § 133 III HGB zunächst auf das Recht zur Erhebung der Auflösungsklage bezieht. In Übereinstimmung mit dem auch sonst im Zivilrecht geltenden Prinzip, Dauerschuldverhältnisse, die ein besonderes Vertrauensverhältnis voraussetzen, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes jederzeit lösen zu dürfen (27), ergibt sich andererseits aber, daß Erleichterungen und Erweiterungen des Kündigungsrechts stets denkbar sind (28).

Daher kann die Möglichkeit einer Auflösungsklage gemäß § 133 HGB dann ausgeschlossen werden, wenn gesellschaftsvertraglich eine einfache Kündigung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes vereinbart ist (29).

Da darüber hinaus bindende Abreden über den wichtigen Grund selbst zulässig sind, die dessen anerkannte Kriterien einengen, sofern die Beschränkungen nicht allzu

26) Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 133,1; Bohnenberg, HGB, § 133, II; Heckelmann, S.130; Hueck, OHG, S.372; Ulmer, Festschrift für Geßler, S.269,271.

27) Hueck, OHG, S.371; vergl. insb. §§ 624,626,723 BGB, §§ 70,77,92 HGB.

28) Hueck, OHG, S.381; Ulmer in Großkomm. HGB, § 133,68.

29) Wegen §§ 143,15 HGB ist eine Beinträchtigung Dritter nicht zu befürchten, zudem verbleibt die Möglichkeit der Feststellungsklage (Heckelmann S.131); BGHZ 31,295 (300); Düringer-Hachenburg, § 133,21; Heckelmann, S.131; Hueck, OHG, S.381; Schlegelberger-Geßler, § 133,31; Ulmer in Großkomm. HGB § 133,73,74; a.A. Ritter, § 133,3, der keinen Ausschluß des Klagerechts annimmt, sondern beide Möglichkeiten kombiniert.

erheblich sind (30), ist auch im Falle des § 133 III HGB nur ein gewisser Inhaltskern geschützt, nämlich der, daß grundsätzlich eine Lösung von der Gesellschaft möglich sein muß. Das äußert sich nicht zuletzt auch darin, daß im Schrifttum ein grundsätzlicher Ausschuß des Kündigungsrechtes jedenfalls dann für zulässig gehalten wird, wenn der Gesellschaftsanteil frei veräußerlich (31) und ein Verkauf zu zumutbaren Bedingungen sichergestellt ist, insbesondere eine Übernahmeverpflichtung anderer Gesellschafter besteht (32).

Zwingend garantiert § 133 HGB somit nur eine beliebige Lösungsmöglichkeit bei Vorliegen eines wichtigen Grundes.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, daß als Prüfungsmaßstab nur der Teil der Kündigungsvorschriften gelten kann, der bei Gesellschaften auf unbestimmte Zeit eine Lösungsmöglichkeit zumindest in absehbarer Zeit sicherstellt und bei Gesellschaften auf bestimmte Zeit im Falle eines wichtigen Grundes das jederzeitige Ausstiegsrecht garantiert.

II. Gesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz

Die Möglichkeit des Gläubigers, auch auf den Vermögens-
teil des Schuldners zugreifen zu können, der im Vermögen

30) RG JW 38,521 (522); Baumbach-Duden-Hopt, HGB § 133,4; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 133,18; Schlegelberger-Geßler, S.30; Ulmer in Großkomm. HGB, § 133,70; H.P.Westermann, Typengesetzlichkeit, S.242; a.A. Hueck, OHG, S.379; Heckelmann, S.136.

31) Nur die freie Veräußerung verlangen Barz, JW 38,490 (491); Siebel, DNotZ 54,71 (75); Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 724,1; Wiedemann, Übertragungen, S.44; a.A. aber z.B. BGH JZ 1957,308 (309) mit Anm. Koehler, JZ 57,310.

32) Diss. Andörfer, S.35; Barz, JZ 38,492; Heckelmann, S.152; Hueck, OHG, S.380 Fn.28; Nitschke, S.371,374; Schlegelberger-Geßler, § 133,30; Simon, DB, 61,1679 (1682); so auch Weipert in RGRK-HGB (2.Aufl.), § 133,25; H.P. Westermann, Typengesetzlichkeit, S. 240 ff.

der Gesellschaft gebunden ist und daher grundsätzlich nicht mehr zur Disposition steht, regelt sich für die Handelsgesellschaften allein nach § 135 HGB. Dieser stellt gegenüber § 725 BGB eine abschließende Sonderregelung dar. Das hierdurch garantierte Kündigungsrecht ist zwingend (33), da es zum einen dem außenstehenden Privatgläubiger nicht zuzumuten ist, den Zugriff auf beim Schuldner vorhandene Vermögenswerte für möglicherweise sehr lange Zeit aufzuschieben, es zum andern aber mit dem Gedanken der engen persönlichen Bindung unvereinbar erscheint, diesen Dritten unmittelbar als Gesellschafter zu übernehmen. Obwohl § 135 HGB grundsätzlich von einer Auflösung der Gesellschaft nach der Kündigung ausgeht (34) kann auch in diesem Fall eine Fortsetzungsklausel den Bestand der Gesellschaft sichern und den Dritten auf die Abfindung des § 738 Abs.1, 2 BGB verweisen.

Wegen des somit notwendigerweise bestehenden wechselseitigen Bezuges sind auch die Absprachen über die Abfindung an § 135 HGB zu messen. Im Hinblick auf die Ausgestaltung dieser Norm scheint es jedoch angebracht, diese Prüfung im Rahmen der allgemeinen Gläubigerschutzbestimmungen vorzunehmen.

III. Gleichbehandlungsgrundsatz

Des weiteren könnte das im Gesellschaftsrecht anerkannte Prinzip der grundsätzlichen Gleichbehandlung (35) eine Vereinbarungsschranke für Abfindungsregelungen bewirken.

Eine Verletzung dieses Grundsatzes ist aber zwingend nur

33) Heckelmann, S.167; Hueck, OHG, S.370 ff; Heymann-Kötter, HGB, § 138, 7; Ulmer in Großkomm. HGB, § 135,14; Ulmer in MK, § 725,1; Westermann, Rz 451.

34) BGH NJW 59,1685; Staudinger-Kießler, § 725,4 m.w.N.

35) Hueck, Gleichbehandlung, S. 153 ff, 222 ff.

dann möglich, wenn im Einzelfall ein Gesellschafter im Verhältnis zu seinen Mitgesellschaftern in erheblichem Maße "unterprivilegiert" wird. Davon ist aber üblicherweise nicht schon dann auszugehen, wenn eine Abfindungsabsprache ungleichmäßig wirkt, weil bei solchen Konstellationen häufig andere Vergünstigungen gewährt werden (36). Vielmehr ist insoweit stets der gesamte Gesellschaftsvertrag zu bewerten, wobei Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln ist, außerdem ist dem Vorrang der Individualabsprache Rechnung zu tragen. Mithin ist der Gleichbehandlungsgrundsatz ein Ordnungs- und Auslegungsprinzip (37), dessen Verletzung nur zu einer Unwirksamkeit der betreffenden Maßnahme führt, nicht dagegen zu einer generellen Nichtigkeit der Vertragsabsprache (38) selbst.

Eine generelle Vereinbarungsgrenze statuiert dieses Gebot daher für Abfindungsklauseln nicht, sondern bewirkt nur im Einzelfall wegen der konkreten besonderen Umstände einen Rechtsverstoß. Darauf soll aber unter Berücksichtigung des Themas dieser Arbeit nicht weiter eingegangen werden, da gerade die Absprache an sich den Prüfungsgegenstand bildet. Zudem wird dieser Aspekt auch im Rahmen der Sittenwidrigkeitsprüfung erforderlichenfalls heranzuziehen sein.

IV. Wettbewerbsfreiheit

Als weiterer Prüfungsmaßstab könnte der Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit anzusehen sein. Insbesondere Reuter leitet aus diesem Prinzip eine Beschränkung von Abfindungs- und Fortsetzungsregelungen ab mit dem Hinweis, daß Wettbewerb die unabdingbare Voraussetzung für die Austauschgerechtigkeit gegenseitiger Verträge sei und daher die Auswirkungen vertraglicher Regelungen auf die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs als Entmächtigungs-

36) vergl. hierzu Hueck, Gleichbehandlung, S.249, 250.

37) Hueck, Gleichbehandlung, S.278.

38) Hueck, Gleichbehandlung, S.297.

instrumente beobachtet und korrigiert werden müssen (39).

Im wesentlichen stellt Reuter auf zwei Grundüberlegungen ab. Zum einen sieht er einen funktionierenden Wettbewerb nur dann gewährleistet, wenn Verträge, die das Verhalten der am Vertragsabschluß Beteiligten zueinander regeln, auf der Basis annähernder Machtgleichheit geschlossen werden (40), zum anderen führt er aus, daß Finanzmittel grundsätzlich frei beweglich sein müssen, um ein optimales Wettbewerbsverhalten zu gewährleisten mit der Folge, daß Unternehmen nicht beliebig lange durch Verträge perpetuiert werden dürfen (41).

Reuter ist insoweit zuzustimmen, als er ausführt, daß die Ausnutzung wirtschaftlicher Macht im Einzelfall gegen unsere Rechtsordnung verstoßen kann. Ob sich dies aber aus den sensiblen Regelungen des Wettbewerbsrechts ergibt oder schon aus dem Prinzip der Gleichbehandlung oder dem Tatbestand des Wuchers gem. § 138 II BGB folgt, kann im Rahmen dieser Arbeit unbeantwortet bleiben, weil es sich regelmäßig um neben der Absprache selbst liegende Umstände handelt, die nicht Prüfungsgegenstand sind.

Etwas anderes gilt aber hinsichtlich des Verbots einer übermäßigen Perpetuierung und der dadurch bewirkten "unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung". Reuter ist zwar zuzustimmen, daß sich manche Fortsetzungs- und Abfindungsregelungen wettbewerbsmäßig schädigend auswirken können. Hieraus aber unter Hinweis auf die Integrationswirkung des GWB (42) einen über die dortigen Vorschriften hinausgehenden generellen Prüfungsmaßstab abzuleiten, erscheint problematisch. Grundsätzlich geht unser Zivilrecht vom Prinzip der Vertragsfreiheit aus mit der Folge eines "laissez-faire", eines freien Spiels der Kräfte, was aus

39) Reuter, S.51.

40) Reuter, S.53,55.

41) Reuter, S. 451.

42) Reuter, S. 39 ff.

historischer Sicht verständlich ist. Nur auf Grund besonderer gesetzlicher Einschränkungen, ist eine Einengung möglich. Es soll hier keinesfalls geleugnet werden, daß auch Gesellschaftsverträge im Einzelfall konkrete Normen des GWB verletzen können. Mangels gesetzlicher Normierung scheidet aber ein Prinzip, das allgemeines wettbewerbskonformes Verhalten fordert, als Prüfungsmaßstab aus. Vielmehr müssen diese Überlegungen de lege lata im Rahmen der vom Gesetzgeber vorgesehenen Verbots- und Korrekturnormen beachtet werden, die Einführung eines solchen Prinzips de lege ferenda obliegt allein der Legislativen.

B. Weitere Schutz-und Verbotsgesetze

Als Prüfungsmaßstab kommen des weiteren spezielle Verbotsgesetze gemäß § 134 BGB außerhalb des Gesellschaftsrechts in Betracht, ferner das Verbot eines Sittenverstoßes und die Grundsätze von Treu und Glauben sowie Formerfordernisse und Übereilungsschutz, wobei die Anwendbarkeit und Relevanz der einzelnen in Betracht kommenden Normen davon abhängt, wie Abfindungsvereinbarungen vertraglich zu qualifizieren sind.

Mithin ist es erforderlich, Abfindungsvereinbarungen einem bestimmten Vertragstypus zu unterstellen.

I. Allgemeine Klassifizierung des Vertragstypus von

Abfindungsabsprachen

Die Rechtsprechung (43) und ein Teil der Literatur (44) werten Abfindungsvereinbarungen regelmäßig als aleatorisches Geschäft, ein anderer Teil der Literatur als Schenkung (45), als rein mitgliedschaftliche Regelung (46) bzw. eine solche nur über das Ausscheiden (47) und neuerdings auch als Vergleich (48).

Eine genaue Analyse findet sich, wenn auch mit unterschiedlichen Ergebnissen, bei Heckelmann und Lubitz, sodaß hier nur noch auf die wesentlichen Streitpunkte, den Zuwendungsgegenstand, die Gegenleistung und die Art der leistungsmäßigen Verknüpfung kursorisch eingegangen werden soll.

1. Zuwendungsgegenstand

Vorausgeschickt sei, daß Vertragsparteien der Absprache

43) RFH 24,142; RFH 38,81; RFH RstBl 39,495; BFH BstBl 53 III,199; BGHZ 22,186 (194); BGH DNotZ 66,620; BGH NJW 79,104.

44) Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 138,5 H; Erman-Schlüter, BGB, § 2311, 4; Erman-Heckelmann, § 1376, 8 m.w.N.; Glunz, S.202; Goroncy, S.135 ff; Schlegelberger-Geßler, § 138,27; Sudhoff, DB 68,648 (653); ders. DB 61,1573 (1575); vergl. im übrigen Flume, Gesellschaftsrecht, S.402 Fn.80; Heckelmann, S.71, Fn.177 m.w.N.

45) Haehling-v.Lanzenauer, S.190; Heckelmann, S.68 ff, insb. S.101; Huber, S.461 ff; Knur, DB 69,203 (209); Siebert, S.10.

46) Rittner, FamRZ 61,505 (510 ff); Schmitz-Herscheidt, S.166 ff; Ziegler, S.118 ff.

47) Flume, Personengesellschaft, S.177, 185.

48) Lubitz, S.147; vgl. auch Flume, Personengesellschaft, S.184.

stets die Gesellschafter sind, da die Gesellschaft selbst keine Sachbefugnis zur Regelung ihres eigenen Grundverhältnisses hat (49). Dies wäre weder mit der Theorie des "sozialen Konstitutivaktes" (50) noch mit der des schuldrechtlichen Vertrags (51) zu vereinbaren.

Mangels einer vorher bestehenden Rechtsposition liegt auch kein Vertrag zulasten Dritter vor, da die Gesellschaft erst durch die Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrages in ihrer vorgesehenen Form entsteht, in dem jedoch als Korrektiv zum Anspruch auf die Einlage (52) die spätere Abfindungsverpflichtung bereits enthalten ist.

Der Streit um die schuldrechtliche Zuordnung entzündet sich aber regelmäßig an der Frage der Zuwendung.

Eine solche wird von denjenigen, die Abfindungsvereinbarungen als rein mitgliedschaftliche Regelung oder als Vergleich verstehen, vollständig verneint, andere sehen eine Leistung in einem Verzicht (53), einem Erlaß (54)

49) BGH WM 64, 767.

50) v. Gierke, Deutsches Privatrecht, S.156, 486; Renaud, S. 243 ff.

51) Wiedemann, S.163,165 mit Fn. 21, 22 m.w.N. (Gesellschaft als Objekt der Vereinbarung).

52) BGH WM 59,88 (89); RGZ 100,165 (167); Wiedemann, S.269.

53) Glunz, S. 43; Hinke, S. 76 Fn.1, Siebert, Gesellschaftsvertrag, S.10.

54) Schmitz-Herscheidt, S.164; Erman-Heckelmann, § 1378, 8; für eine Analogie Heckelmann, S.47 ff.

oder einer anderen Übertragung von Rechtspositionen (55).

Als erste negative Abgrenzung ist festzustellen, daß die Leistung nicht in der Übertragung des eigenen Gesellschaftsanteils auf die verbleibenden Gesellschafter im Falle eines Ausscheidens besteht (56).

Dieser Bereich ist der vertraglichen Abrede schon dadurch entzogen, daß sich der Übergang des Anteils am Gesellschaftsvermögen durch An- und Abwachsung kraft zwingenden Rechts (57) gemäß § 738 I 1 BGB vollzieht.

Eine Zuwendung könnte jedoch darin zu sehen sein, daß der Anspruch gemäß § 738 I 2 BGB durch diese Vereinbarung nachträglich zumindest teilweise erlischt oder aber erst gar nicht bzw. nicht in voller Höhe entsteht.

Problematisch ist dies jedoch deshalb, weil die Gesellschaft überhaupt erst mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages in der vereinbarten Form entsteht, somit möglicherweise nur die Position der Gesellschafter definiert wird und ein weiterer Regelungsgehalt fehlt.

Daher lehnen insbesondere Ziegler und Rittner unter Berufung auf den mitgliedschaftlichen Aspekt solcher Absprachen (58) eine Zuwendung ab und stellen allein auf die

55) BGH BB 51,710; RGZ 117,238 (242); Eckelt, NJW 54,1905 (1909); Emmerich, S.168 ff; Hueck, DB 66,1043; v.Godin, WPg 58,226 (227); Kuhn, S.18 ff; v.Randenborgh, DNotZ 59,373 (380); Schlegelberger-Geßler, HGB, § 120,10; Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, S.27 Fn.4; Sudhoff, NJW 56,321; Westermann, Rz 288; Wiedemann, Übertragungen, S.308; Wruck, S.48.

56) So aber in verschiedenen Modifikationen Huber, S.461, 463, 467; Säcker, S.33 Fn.2; Siebert, Stb Jb 55/56,299 (309); Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, S.10, 15.

57) RGZ 56,206 (208); v.Gamm in BGB-RGRK, § 738,1; Heckelmann, S. 51; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 738 I; Staudinger-Keßler, § 738 I; Ulmer in MK § 738,5; Zieger, S.94 f.

58) Rittner, Fam Rz 61, 505 (512); Ziegler S.100.

Gewährung und Ausgestaltung der konkreten Gesellschafterposition ab, wobei sie zwar nicht die isolierte Prüfung der Abfindungsklausel, wohl aber die abgetrennte Zuordnung unter einen bestimmten Vertragstypus als generell unzulässig erachten (59).

Mit dieser Auffassung setzt sich insbesondere Lubitz (60) kritisch und detailliert auseinander, sodaß zur Vermeidung von Wiederholungen im wesentlichen auf diese Ausführungen verwiesen wird. Unter Berücksichtigung der Tatsache, daß die Abfindung gerade ein Äquivalent für den Verlust der gesellschaftlichen Rechtsposition darstellt und daher nicht selbst als Mitgliedschaftsrecht qualifiziert werden kann (61), ist die Auffassung von Rittner und Ziegler jedoch abzulehnen (62).

Neben dieser Problematik verbleibt aber die Frage, inwieweit überhaupt ein Wert besteht, der als Zuwendungsgegenstand in Frage kommt.

Zu denken wäre hier an den vermögensrechtlichen Gehalt des Mitgliedschaftsrechts (63) oder den gemäß § 738 I 2 BGB bestehenden Abfindungsanspruch (64).

Diese beiden Möglichkeiten sollen im folgenden zusammen behandelt werden, da sich der vermögensrechtliche Gehalt des Mitgliedschaftsrechtes im Falle des Ausscheidens in den Abfindungsanspruch umwandelt und in beiden Fällen die gewährte Rechtsposition erst durch die konkrete Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags definiert wird.

59) Rittner, Fam RZ 61, 505 (510); Ziegler, S. 80 ff.

60) Lubitz, S. 38 ff.

61) Riegger, S. 89; Lubitz, S. 97, 98 mit Fn. 3 m.w.N.

62) so auch Lubitz, S. 70; Heckelmann, S. 72 (76); Wiedemann, S. 36; Würdinger, JZ 53, 225 (227).

63) BFH BStBl 53 III, 199 (200); Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 138, 5 H; Flume, Personengesellschaft, S. 176; Glunz, S. 202; Goroncy, S. 135 ff; Nitschke, S. 149.

64) Heckelmann, S. 26; Nitschke, S. 346 für nachträgliche Vereinbarungen.

Gerade dieser zweite Punkt führt jedoch zu erheblichen Schwierigkeiten. Wenn erst der Gesellschaftsvertrag die Abfindung in der vereinbarten Form und Höhe entstehen läßt, kommt im Falle einer Abfindungsvereinbarung auch nur der vorgesehene Anspruch in Existenz mit der Folge, daß es mangels vorherigem Bestand an einer vermögensrechtlichen Verschiebung fehlt (65).

Zuzugeben ist dieser Auffassung, daß vor Gesellschaftsgründung mangels Gesellschaftsbestandes auch noch kein Abfindungsanspruch (66) existiert, auf den durch einen Erlaß (67) oder Verzicht (68) eingewirkt werden könnte.

Dieses Problem sowie die generelle Unzulässigkeit eines Erlasses zukünftiger Forderungen (69) umgeht Heckelmann (70) indem er den Abschluß des Gesellschaftsvertrages und den der Abfindungsvereinbarung durch eine juristische Sekunde trennt und von einem Vertrag entsprechend § 397 I BGB ausgeht.

Eine solche Konstruktion ist jedoch dann nicht erforderlich, wenn als Leistung die Verhinderung der Anspruchsentstehung gelten könnte.

Absprachen solcher Art sind sowohl zulässig als auch tauglicher Leistungsgegenstand (71), sofern der Anspruch "ansonsten" sicher entstanden wäre.

Daran aber könnte man hier zweifeln.

Im Gegensatz zu den vom BGH entschiedenen Fällen, die sich auf zukünftige Zinsen beziehen, handelt es sich bei

65) so Flume, Personengesellschaft, S.184; Lubitz, S.144.

66) der ja bereits mit Gesellschaftsvertragsabschluß entsteht, vergl. S.6.

67) so aber Erman-Schlüter, § 2311, 4; Schmitz-Herscheidt, S.167, der jedoch von einem vertraglichen Verzicht spricht, was aber wohl als Vertrag gemäß § 397 BGB zu verstehen ist.

68) Erman-Bartholomeyczik, § 1325, 5a; Glunz, S.202; Hinke, S.76 Fn.1; Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, S.10.

69) RGZ 148,257 (262); RGZ 124,325 (326, 327); Blomeyer, S.220; Soergel-Reimer-Schmidt, BGB § 397, 7.

70) Heckelmann, S.68.

71) BGHZ 40,330; BGH BB 56, 1086; Lubitz, S.112.

der Abfindung gemäß § 738 I 2 BGB um einen vertraglichen Anspruch (72), bei dem die zukünftige Entstehung gerade nicht sicher ist, sondern von der konkreten Vertragsausgestaltung abhängt, die den Verzicht umfaßt.

Es darf allerdings nicht verkannt werden, daß bereits im Vorfeld gesellschaftsrechtlicher Vertragsabschlüsse Rechtsbeziehungen begründet werden. Auch wenn man hinsichtlich des Abfindungsanspruches nicht von einer Anwartschaft sprechen kann, muß man davon ausgehen, daß dieser als Korrelat zur Einlageverpflichtung grundsätzlich in voller Höhe entstehen soll und nur im Hinblick auf andere Vertragsausgestaltungen von dieser Rechtsposition wieder abgerückt wird.

Hiervon geht auch Lubitz aus, der die Vereinbarung als Vergleich qualifiziert (73), bei dem der zukünftige Streit über die Abfindungshöhe durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt wird. Nachgeben kann man jedoch nur dann, wenn von einer - möglicherweise angemäßen - Position abgerückt wird. Als solche ist in diesem Zusammenhang die "an sich" bestehende Situation bei einer Abfindung gemäß § 738 I 2 BGB anzusehen, die unabhängig von der Frage nach einem eventuellen Gerechtigkeitsgehalt der gesetzlichen Abfindungsregelung (74) auf Grund des Parteiwillens zu ermitteln ist.

Das folgt aus dem Prinzip der Vertragsfreiheit gemäß §§ 133, 157, 242 BGB und der damit verbundenen Befugnis, den Vertragsgegenstand selbst festzulegen.

Es entspricht dem gesetzlichen Leitbild und somit auch dem durchschnittlichen Parteiwillen (75), bei Ausscheiden aus einer Gesellschaft eine vollwertige Abfindung zu erhalten, wobei diese Rechtsposition ohne eine beschränkende Absprache auch tatsächlich entstehen würde. Die

72) RGZ 122,149 (150); Staudinger-Keßler, § 738, 18.

73) Lubitz, S.147.

74) a.A. Lubitz, S. 117,122.

75) Flume, Personengesellschaft, S.171; Larenz I, S.65.

Verhinderung dieser Anspruchsentstehung kann somit tauglicher Leistungsgegenstand sein (76).

Damit ist jedoch noch kein konkreter schuldrechtlicher Vertragstypus ermittelt. Vielmehr ist im Rahmen des zweiten Problemkreises festzustellen, ob es sich um einen einseitigen oder gegenseitigen Vertrag handelt. Erst wenn ein gegenseitiger Vertrag nicht vorliegen sollte, wären die Voraussetzungen des § 517 BGB in Bezug auf den oben festgestellten Leistungsgegenstand zu prüfen.

2. Gegenleistung

Als Gegenleistung kommen verschiedene Möglichkeiten in Betracht.

Schließt nur ein Teil der Gesellschafter eine beschränkende Abfindungsvereinbarung ab, so wird diesen möglicherweise ein höheres Gewinnentnahmerecht oder ein besseres Stimmrecht, Vergünstigungen bei der Einlageleistung oder sonstige Bevorzugungen eingeräumt. Hierauf soll im einzelnen aber nicht weiter eingegangen werden, da es sich insoweit nur um besondere einzelvertragliche Regelungen handelt. Ebenso kann der Abfindungsanspruch für ein Ausscheiden von Todes wegen im Hinblick auf das begrenzte Thema dieser Arbeit unberücksichtigt bleiben.

Zu untersuchen ist jedoch der Fall einer von allen Gesellschaftern abgeschlossenen, gleichmäßig beschränkenden

76) eine Zuwendung bejahen, wenn auch mit unterschiedlicher Begründung: BGHZ 22,186 (196); BGH NJW 79,104; BGH WM, 71,1338; BGH DNotZ 66,620; BFH BSTBl 53 III,199; RFH 38,81; 24,142; RFH RStBl 39,495; Erman-Bartholomeyczik, BGB, § 1375, 5a; Glunz, S.203; Heckelmann, S.48ff m.w.N.; Hinke, S.76 Fn.1; Schmitz-Herscheidt, Sl64; Schilling; ZGR 78,173; Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, S.10; ders. StbJB 55/56,299 (309); Ulmer, NJW 79,81, so wohl auch Westermann, Ges. Recht, S.301 Rz 438; a.A.

Lubitz, S.139, 122.

Abfindungsvereinbarung. Bei dieser Konstellation entfällt regelmäßig die Bevorzugung einzelner Gesellschafter, so daß die oben dargestellten möglichen Gegenleistungen hier üblicherweise nicht vorliegen werden.

Daraus aber ergibt sich, daß das Interesse der Gesellschafter bei Abschluß solcher Klauseln häufig dahingeht, diese Ausgewogenheit festzuschreiben und eine wechselseitige, anteilmäßige Gleichbehandlung zu statuieren. In Bezug auf den Abfindungsanspruch wird dies dadurch erreicht, daß alle Gesellschafter dessen Entstehung in der gesetzlich vorgesehenen Höhe verhindern, und zwar durch den Abschluß der entsprechenden Abfindungsklausel.

Als Gegenleistung kommt in diesem Falle daher der Abschluß einer solchen Klausel durch die übrigen Gesellschafter in Betracht, die im folgenden als "rückbezügliche Abfindungsvereinbarung" bezeichnet werden soll. In wirtschaftlicher Hinsicht folgt daraus, daß jeder Gesellschafter eine Chance (77) erhält, neben dem ihm prozentual sowieso anwachsenden Gesellschaftsanteil des ausscheidenden Gesellschafters den darin liegenden Vermögenswert ohne Schmälerung des Gesellschaftsvermögens durch den schuldrechtlichen Ausgleichsanspruch zu erhalten. Sein Anteil wächst also nicht nur hinsichtlich der Beteiligung, sondern auch bezüglich des Wertes, ohne daß für diese Wertsteigerung ein Entgelt zu leisten ist, da die Reduzierung des Gesellschaftsvermögens mangels Abfindungsverpflichtung in voller Höhe ausbleibt.

3. Art der Verknüpfung

Fraglich ist aber noch die Art der Verknüpfung zwischen Leistung und Gegenleistung, wovon letztlich die vertragliche Einordnung abhängt.

77) auf deren Realisation kommt es mithin nicht an

Wie oben bereits ausgeführt, schließen die zukünftigen Gesellschafter die Abfindungsvereinbarung regelmäßig deshalb ab, weil sich auch die übrigen dieser Klausel unterwerfen, da ansonsten eine einheitliche Behandlung nicht gewährleistet wäre. Daher könnte von einer synallagmatischen Verknüpfung auszugehen sein (78).

Bedenken hat hier insbesondere Heckelmann (79), der entscheidend auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise abstellt und es mit der Intention der Gesellschafter bei Vertragsabschluß regelmäßig für unvereinbar hält, daß gerade wegen der Chance einer Wertsteigerung des eigenen Gesellschaftsanteils die Abfindung erlassen wird (80), denn es könne nicht davon ausgegangen werden, "daß der Zusammenschluß in einer OHG in der Absicht erfolge, die gesellschaftlichen Bande auseinanderzureißen, um dann am Ausscheiden anderer zu profitieren."

Heckelmann ist zuzugeben, daß diese Absicht den Gesellschaftern regelmäßig nicht unterstellt werden darf.

Daraus ist jedoch nicht zu folgern, daß ein Synallagma hier nicht vorliegt. Denn die Leistung und die Gegenleistung ist nur wirtschaftlich in Risiko und Chance zu sehen, juristisch stehen sich die wechselseitigen Absprachen über die Verhinderung einer Anspruchsentstehung gegenüber. Diese aber werden von den Gesellschaftern

78) so, wenn auch mit verschiedenen Begründungen, BGHZ 22,186 (194); BGH WM 71,1338; BFH BStBl 53 III,199; RFH 38,81; 24,142 (144); Bachmann, S.260, 262; Buchwald, AcP 154,22 (24 Fn.2); Glunz, S.202; Goroncy, S.135 ff; Hinke, S.50; Landmann, S.65, 66; Lappe, S.29; Lehmann-Dietz, Gesellschaftsrecht, S.190; Rokas, S.21 Fn.25; Dres-Reinicke, NJW 57,561 (562); Schmidt, Fam RZ 75,518; Sudhoff, DB 68,648 (651); weitere Nachweise bei Heckelmann, S.71 Fn. 177.

79) Heckelmann, S.78, 79.

80) diese Bedenken hat auch Huber, S.466; Schwandt, S.27; Ziegler, 129 ff.

üblicherweise aus Gründen des Kapital- und Bestandsschutzes abgeschlossen, um späteren Streitigkeiten vorzubeugen und eine Gleichbehandlung zu gewährleisten. Effektiv kann dieses Ziel aber nur dadurch erreicht werden, daß die oben ermittelte Zuwendung von allen Gesellschaftern gleichermaßen erbracht wird. Mithin unterwirft sich der einzelne Gesellschafter nur deshalb der Abfindungsabsprache, damit dies auch die Anderen tun, ohne daß hierbei gesellschaftsfremde Motive eine Rolle spielen müssen.

Dieses "do ut des" reicht aus, eine synallagmatische Pflicht zu begründen.

Die Leistung wird versprochen, weil und damit die Gegenleistung erbracht wird. Wem diese letztlich zugute kommt, also der Gesellschaft oder dem einzelnen Gesellschafter, kann offenbleiben, da die Frage nach dem Leistungsempfänger auf die Art der Verknüpfung keine Auswirkung hat (vergl. § 328 BGB).

Mithin ist der h.M. (81) zu folgen, die wegen der synallagmatischen Verknüpfung Abfindungsvereinbarungen regelmäßig als aleatorisches Rechtsgeschäft (82) qualifiziert. Die von der Rechtsprechung gebrauchte Formulierung des "Chancenkaufs" (83) ist jedoch mißverständlich, da weder Leistung noch Gegenleistung einen Kaufpreis darstellen, sodaß der Begriff des Tausches (84) besser paßt.

81) RFH 24,142; RGZ 122,149; BGHZ 22,186 (194); BFH BStBl 53 III,199; Huber, S.465; Riegger, S. 89; Staudinger-Kessler, § 738, 4; Schneider-Martin, S.426; Schlegelberger-Geßler, HGB, § 138, 27; Wiedemann, Übertragungen, S.186; Westermann, Rz 565; Zimmermann, BB 69,965 (971); vergl. S.38 Fn.78.

82) zu den weiteren Voraussetzungen vergl. Fikentscher, S.37; Larenz, Schuldrecht AT, S.167; Gernhuber, FS für Larenz, S. 476 (480 ff); ders., FS. für Raiser, S.57.

83) RFH 24,142.

84) vergl. § 515 BGB.

II. Betroffene Verletzungstatbestände im Allgemeinen

Daraus ergibt sich für die Frage nach dem Prüfungsmaßstab, daß die Vorschriften, die einen unentgeltlichen Erwerb betreffen, für den Normalfall einer Abfindungsvereinbarung nicht weiter relevant sind. Inwieweit sie im Einzelfall zur Bewertung herangezogen werden müssen (etwa weil sich nur ein Gesellschafter einer Abfindungsvereinbarung unterwirft, ohne hierfür einen Ausgleich zu erhalten (85)), muß dann anhand der konkreten Umstände ermittelt werden.

Als entgeltlicher Vertrag unterliegt diese Absprache keinen Formvorschriften. Soweit also nicht im Einzelfall die auch auf gegenseitige Verträge zugeschnittenen Normen des Konkurs- (86), Vergleichs- (87), Anfechtungs- (88) und Pfändungsrechts (89) betroffen sind - die hier aber schon deshalb keinen tauglichen Prüfungsmaßstab bilden, da sie nicht die Zulässigkeit einer vertraglichen Absprache regeln, sondern nur bei Vorliegen besonderer zusätzlicher Umstände eine Rückabwicklung vorsehen - ist als allgemeiner Prüfungsmaßstab neben den bereits ermittelten gesellschaftlichen Normen §§ 138 und 242 BGB heranzuziehen.

III. Besondere Einordnung im Einzelfall

Sofern Abfindungsklauseln nur auf bestimmte Sachverhalte hin abgeschlossen worden sind, könnte es im Einzelfall erforderlich sein, den Prüfungsmaßstab zu erweitern. Zu denken ist hier insbesondere an die Regelungen über

85) vergl. Lubitz, S.165.

86) etwa §§ 1, 6, 29-31 KO.

87) etwa § 56 ff VerglO.

88) etwa §§ 1, 3, I 1+2 AnfG.

89) etwa § 851 ZPO.

den pauschalierten Schadensersatz und die Vertragsstrafe, sofern die Abfindungsklausel nur im Falle einer Ausschließung aus wichtigem Grund Wirksamkeit entfalten soll. Häufig wird dann nämlich eine Pflichtverletzung seitens des ausgeschlossenen Gesellschafters vorliegen, die im Einzelfall einen Ersatzanspruch der Gesellschafter auslösen kann und der pauschal durch die Abfindungsregelung abgegolten würde.

Allerdings sind Pauschalabsprachen über Höhe und Art der Schadensliquidation grundsätzlich zulässig, solange dem Betroffenen ein geringerer Schadensnachweis offensteht (90) sodaß die Zulässigkeit von Abfindungsvereinbarungen hierdurch nicht berührt wird (91).

Im übrigen orientiert sich die Abfindungsregel nur sehr selten an der Art und Schwere der Verfehlung, sodaß die Annahme eines pauschalierten Schadensersatzes allenfalls in Ausnahmefällen möglich ist.

Näherliegend ist daher ein unselbstständiges (§ 339 ff BGB) oder selbstständiges (§ 343 II BGB) Vertragsstrafenversprechen, sofern die Art und Schwere der Verfehlung seitens des ausgeschlossenen Gesellschafters bei der Abfindungsregelung unberücksichtigt bleibt (92).

Ein solches ist nicht schon deshalb abzulehnen, weil hier nicht die Zahlung einer Geldleistung versprochen, sondern nur eine Anspruchsentstehung verhindert wird. Unter Berücksichtigung des Instituts der Verwirkung kann es keinen Unterschied machen, ob die Zahlung einer Geldsumme in Höhe der gemäß § 738 I 2 BGB zu leistenden Abfindung versprochen wird, die gegen den Abfindungsanspruch selbst

90) BGHZ 49,84 (89); BGH WM 70,1224; BGH NJW 70,29 (32); BGH NJW 66,2008; Beuthin, FS für Larenz, S.495; v.Brunn, NJW 67,712; Heckelmann, S.162; Palandt-Heinrichs, § 339 Vorb. 3 f; Reich, NJW 78,1570; Schmidt-Salzer, DB 69,1091 (1094)

91) wegen §§ 23,24 I 1 AGBG findet § 11 I 5 AGBG selbst im Falle formularmäßiger Gesellschaftsverträge keine Anwendung

92) BGH NJW 76,1887; 70,32; Reich, NJW 78/1570; Jauernig-Vollkommer § 339, 2 d aa

gemäß §§ 387 ff BGB aufgerechnet werden kann, oder ob direkt auf die Abfindung selbst verzichtet wird (93).

Grundsätzlich ist jedoch sowohl die selbstständige als auch die unselbstständige Vertragsstrafe zulässig, sofern nicht die Leistung, für die das Strafversprechen gilt, selbst unzulässig ist.

Im Rahmen dieser Arbeit muß auf diesen Aspekt aber nur insoweit eingegangen werden, als ein Verhalten zur Diskussion steht, das die Abfindungsregelung selbst gebietet - etwa das Unterlassen einer Kündigung - und das somit bereits in der allgemeinen Zulässigkeitsprüfung berücksichtigt wird.

Einen zusätzlichen Prüfungsmaßstab bietet die Vertragsstrafe im Rahmen dieser Arbeit daher nicht.

Festzustellen ist aber, daß der in § 344 festgeschriebene Redlichkeitsgrundsatz im Einzelfall die Zulässigkeit vertraglicher Abfindungsregelungen einschränken kann, wobei die Verwirkung des Strafversprechens jedoch regelmäßig Verschulden voraussetzt (94).

Des weiteren könnte eine Abfindungsregelung auch gegen §§ 310, 311 BGB verstoßen. Diese sind auch auf Gesellschaftsverträge anwendbar (95).

Allerdings ist aus der Formvorschrift des § 311, ebenso wie aus dem Zustimmungserfordernis

93) BGH NJW 69,1384 (1385); 68,1625; 60,1568; RGZ 68, 41 (42); Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 348,3 c; Erman-Westermann, § 339 Vorb.4; Esser-Schmidt, S I 1, S.174 ff; Heckelmann, S.164; Herrmann, S.99; Schwandt, S.128.

94) RGZ 145,31; Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 348, 3 c; Erman-Westermann, BGB, § 339 Vorb.4; Esser-Schmidt, S I 1, S.173; auf die Rechtsfolge eines solchen Verstoßes, insbesondere ob § 343 I BGB wegen § 348 HGB Anwendung findet, weil der Abschluß des Gesellschaftsvertrages kein Handelsgeschäft sei - so Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 105,2 I; Zöllner, DB 64,795 (797) soll hier nicht weiter eingegangen werden.

95) Erman-Battes, § 310, 3; Jauernig-Vollkommer, § 310,1c.

des § 1365 BGB, keine generelle Zulässigkeitsgrenze abzuleiten, vielmehr handelt es sich um grundsätzlich erlaubte Geschäfte, bei denen nur gewisse zusätzliche Kriterien erfüllt sein müssen.

Der Prüfungsmaßstab ist demnach nur um das Verbot des § 310 BGB, über zukünftiges Vermögen zu verfügen, zu erweitern.

C. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist die generelle Zulässigkeit gesellschaftsvertraglicher Abfindungsregelungen daher anhand der §§ 132, 133 HGB 723, 134, 138, 242, 310 BGB zu ermitteln, wobei im Einzelfall auch noch weitergehende Verstöße denkbar sind - etwa solche gegen das GWB - auf die jedoch wegen der stets notwendigen besonderen Sachverhaltserfordernisse nicht weiter eingegangen werden soll.

Vierter Teil: Zulässigkeitsgrenze vertraglicher

Abfindungsregelungen

Die Zulässigkeit vertraglicher Abfindungsklauseln ist möglicherweise davon abhängig zu machen, auf welche Weise die Gesellschafterstellung erlangt und was für sie aufgewendet wurde. Daher könnte es erforderlich sein, grundsätzlich zwischen entgeltlich und unentgeltlich erworbener Gesellschafterposition zu unterscheiden.

Für den Fall ungleichmäßiger Abfindungsvereinbarungen ist hier insbesondere auf die Meinung Flumes¹⁾ einzugehen, der in diesem Zusammenhang auf die Figur eines "Gesellschaftern minderen Rechts" im Gegensatz zu den gleichberechtigten Gesellschaftern abstellt und gegenüber der ersten Gruppe weitergehende Einschränkungen ihrer Gesellschafterposition zuläßt.

Als "Gesellschafter minderen Rechts" bezeichnet Flume solche Gesellschafter, die eine bereits mit Abfindungs- und Ausschlußklauseln belastete Gesellschafterstellung als Kommanditisten im Wege des Erbgangs oder der Schenkung erworben haben und die somit auch nur Inhaber dieser "a priori" verkürzten Gesellschafterposition werden konnten. Darüberhinaus fallen hierunter auch solche Gesellschafter, die die Gesellschaft zwar mit begründet haben, aber keine oder nur eine geringe eigene Einlageleistung erbracht haben, etwa weil sie als Geschäftsführer für die Gesellschaft tätig werden sollen.

Im wesentlichen stellt Flume auf die Möglichkeit der Ausschließung aus einer Personengesellschaft zu einer nicht vollwertigen Abfindung gemessen an dem gesetzlichen Leitbild des § 738 I 2 BGB ab.

¹⁾Flume, Personengesellschaft, S.137ff, 179, 181; ders. NJW 79,902.

Grundsätzlich geht er davon aus, daß gleichberechtigte Gesellschafter nicht gegen ihren Willen aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden dürfen(2), wie der Gleichbehandlungsgrundsatz klarstelle (3), mit der Folge, daß diesen bei Ausschluß erst recht keine Abfindungsbeschränkungen auferlegt werden dürfen(4).

Anderes gilt jedoch für den Gesellschafter minderen Rechts. Diesem ist unentgeltlich ein wieder entziehbarer Vermögenswert zugeflossen. Wird ihm diese Position genommen, folgt daraus keine Einschränkung, sondern nur eine Wiederherstellung des vorherigen Zustandes, ohne daß ein Vermögensopfer erbracht wurde mit der Folge, daß grundsätzlich ein Ausschluß aus der Gesellschaft nicht unzulässig sein muß. Da der Gesellschafter minderen Rechts darüberhinaus am Liquidationserlös "a priori" nicht beteiligt ist(5), sind ihm gegenüber auch beschränkende Abfindungsabsprachen zulässig.

Mit der Ansicht Flumes setzt sich insbesondere Huber(6) auseinander, der in einem engeren Anwendungsbereich die Annahme eines "Gesellschafter minderen Rechts" für sinnvoll erachtet (7). Für den Geschäftsführer-Gesellschafter ohne Kapitalanteil folgert er dies schon aus der atypischen Konstellation, für die besondere Regeln gelten müssen (8). Insoweit habe der Gesellschaftsvertrag die Funktion eines Anstellungsvertrages (9), der seitens der übrigen Gesellschafter wie ein Dienstvertrag kündbar sein müsse. Da der Geschäftsführer-Gesellschafter in diesem Fall regelmäßig kein Kapital, sondern ein Gehaltskonto habe, sei er schon zwangsläufig nicht am Liquidationserlös beteiligt, da nach § 155 HGB insoweit auf den Kapitalanteil abgestellt werden müsse(10), sodaß

2) Flume, Personengesellschaft, S.138ff.

3) Flume, NJW 79,902.

4) Flume, NJW 79,903.

5) Flume, NJW 79,904.

6) Huber, ZGR 80, 177 (193ff).

7) Huber, ZGR 80, 177 (193).

8) Huber, Vermögensanteil, S.289ff.

9) Huber, ZGR 80,177, (194).

10) Huber, ZGR 80,177 (194).

Abfindungsbeschränkungen grundsätzlich zulässig sein müssen.

Für die verbleibenden Fälle stellt Huber im wesentlichen auf einen Vergleich zu den Regelungen über die Stille Gesellschaft ab. Nur wenn die unentgeltlich erworbene Kommanditistenstellung im Innenverhältnis der eines Stillen Gesellschafters nachgeformt sei, insbesondere also der Gesellschaftsvertrag die Gewinnbeteiligung auf den Bilanzgewinn beschränkt mit der Folge, daß eine Gutschrift für die Realisierung der stillen Reserven des Firmennamens und "good will" nicht erfolge(11), dürfe auf die Figur eines Gesellschafters minderen Rechts abgestellt werden.

Die Ansicht Flumes und Hubers ist nicht schon mit dem Hinweis abzulehnen, der Grund für den Erwerb der Gesellschaftserstellung dürfe auf die Position in der Gesellschaft selbst keinen Einfluß haben, da die schenkweise Zuwendung qualitativ nicht hinter der entgeltlichen zurückbleibt (12). Denn im Mittelpunkt Ihrer Betrachtung steht nicht eine Modifizierung der bereits gewährten Gesellschaftsposition, sondern die Frage, welche Rechtsstellung einem zukünftigen Dritten, etwa dem Erben, eingeräumt werden soll. Im Hinblick auf diese erst entstehende Rechtsposition darf aber nach Art und Weise des Erwerbs unterschieden werden.

Entscheidend ist aber gegen Flume und Huber einzuwenden, daß die Rechtsfigur eines "Gesellschafters minderen Rechts" nicht in die gesetzliche Systematik paßt. In den Vorschriften über die Kommanditgesellschaft hat der Gesetzgeber grundsätzlich zwei verschiedene Gesellschaftertypen statuiert, den Komplementär und den Kommanditisten.

11) Huber, ZGR 80,177 (196), vergl. S. 45

12) Huber, ZGR 80,177 (206), vergl. S. 45

Eine weitere prinzipielle Unterteilung paßt nicht in dieses Bild, die Konstruktion eines "Gesellschafters minderen Rechts" ist daher mit der h.L. abzulehnen (13).

Auf die Besonderheiten dieser Gesellschafterpositionen ist vielmehr im Rahmen der konkreten Einzelfallprüfung bei der Interessenabwägung einzugehen(14). Diesen Weg geht auch der BGH(15), der nur auf die besonderen Umstände des gerade zur Entscheidung anstehenden Falls abstellt(16) und keinen neuen, besonderen Gesellschaftertypus schafft.

Eine grundsätzliche Trennung zwischen einer entgeltlich und einer unentgeltlich erworbenen Beteiligung ist somit abzulehnen, vielmehr müssen diese Kriterien im Rahmen der konkreten Prüfung berücksichtigt werden, etwa anhand von § 138 BGB.

Aus dem Zuvorgesagten ergibt sich aber, daß es möglicherweise für die Zulässigkeit von Abfindungsvereinbarungen auch darauf ankommt, welche weiteren Absprachen im Gesellschaftsvertrag getroffen worden sind, insbesondere ob die Möglichkeit eines Ausschließungsrechts gegenüber einzelnen Gesellschaften besteht. Daher ist es erforderlich, erst die Zulässigkeitsgrenzen von Abfindungsabsprachen isoliert festzustellen und sodann zu prüfen, ob im Fall gleichzeitiger Absprachen über das Ausscheiden eine andere Bewertung geboten ist.

13) Groth, BB 82, 1232; Fischer, ZGR 79, 263 ff, Hennerkes-Binz, NJW 83, 73 (76); Schilling, ZGR 79, 423; Ulmer, NJW 79, 83; ders. in MK § 738, 38; Werner-Jung, DB 82, 1503(1506)

14) Ulmer, NJW 79/81(83), vergl. S. 45

15) BGH NJW 81, 2565; BGH WM 78, 1044; BGHZ 68, 21 mit der Ergänzung BGHZ 81, 263.

16) so auch Kreutz, ZGR 83, 109 (112); Ulmer in M K § 738, 38; Wiedemann, ZGR 80, 147 (150ff).

A. Die Zulässigkeit von Abfindungsvereinbarungen ohne

 Berücksichtigung gesellschaftsvertraglicher Regelungen

über das Ausscheiden

Der im zweiten Teil dieser Arbeit ermittelte Prüfungsgegenstand ist somit als Ganzes an dem im dritten Teil festgestellten Prüfungsmaßstab zu messen. Wie dort bereits festgestellt wurde, ergibt sich zwingend eine Prüfungsreihenfolge dahingehend, daß primär die gesellschaftsrechtlichen Normen über die Kündigung heranzuziehen sind und erst anschließend auf weitere besondere und allgemeine Begrenzungs Vorschriften eingegangen werden darf. Aus Gründen der Übersichtlichkeit ist es insoweit geboten, die allgemeinen gesellschaftlichen Kündigungs Vorschriften von denen der Privatgäubigerkündigung zu trennen.

I. Verstoß gegen zwingendes Gesellschaftsrecht

1. Allgemeine Kündigungs Vorschriften

Somit ist festzustellen, inwieweit der zuvor ermittelte zwingende Kern der Kündigungs Vorschriften durch die Vereinbarung von Abfindungsbeschränkungen tangiert werden kann. Entscheidend kommt es in diesem Zusammenhang auf das Verständnis und den Schutzzumfang der §§ 723 III BGB, 132, 133 III HGB an. Falls diese eine grundsätzliche Lösungsmöglichkeit der gesellschaftlichen Bindung sowohl in persönlicher als auch in wirtschaftlicher Hinsicht garantieren, könnten sie unmittelbar durch Abfindungsvereinbarungen verletzt werden (17). Andernfalls wäre nur ein mittelbarer (18) Verstoß gegen die gesellschaftsrechtlichen Kündigungsregelungen denkbar (19).

17) BGH JW 68, 2003 (2994); RGZ 61, 328 (329); Andörfer, S. 65 und 81; Huber, S. 55 und 327 ff; Nitschke, S. 352 ff; Schlegelberger-Geßler, HGB, § 132, 17; Schwandt, S. 68 ff; Simon, DB 61, 1679.

18) Hueck, OHG, S. 366; Lehmann-Dietz, Gesellschaftsrecht, S. 182; H.-P. Westermann, Typengesetzlichkeit, S. 240; Wiedemann, Übertragungen S. 92; Schwandt, S. 69 ff.

19) Heckelmann, S. 126; Würdinger, AcP 144, 129 (144 und 146).

Allein aus dem Wortlaut der §§ 723 BGB, 132, 133 HGB ist ein Schutz auch der wirtschaftlichen und vermögensmäßigen Belange nicht herzuleiten. Diese betreffen nur die generelle Lösungsmöglichkeit, die Frage nach dem Vermögensaufgleich bzw. der wirtschaftlichen Abwicklung ist an anderer Stelle, in den §§ 738 BGB, 138 HGB, geregelt.

Daraus aber folgt schon gesetzessystematisch, daß die §§ 723 III BGB, 133 III HGB primär als Schranken der persönlichen Bindung zu verstehen sind(20) direkt aber keine Regelungen verbieten, die eine wirtschaftliche Trennung von der Gesellschaft erschweren(21).

Abfindungsbeschränkungen können daher unmittelbar weder einen Ausschluß noch eine Beschränkung des zwingenden Kündigungsrechts bewirken(22).

Auch wenn aber per se kein direkter Verstoß gegen die §§ 723 BGB, 132, 133 HGB gegeben ist, verhindern(23) oder beschränken Absprachen dieser Art die Ausübung des Kündigungsrechts möglicherweise mittelbar. Zu denken ist hier insbesondere an Fälle, in denen die wirtschaftliche Einbuße so schwerwiegend ist, daß dadurch auch die Möglichkeit eingeengt wird, das persönliche Verhältnis zu lösen. Auch diese mittelbaren Auswirkungen können grundsätzlich dem Verbot der §§ 723 III BGB, 133 III HGB unterfallen, da sie auf die Entscheidung des einzelnen Gesellschafters nicht unerheblichen Einfluß haben. Dies ist heute sowohl

20) BGH JZ 54,194; RGZ 162,388 (393); RGZ 156,129 (136); RGZ 136,236 (241); Ulmer in Großkomm. HGB, § 132,30.

21) Heckelmann, S.126.

22) So im Ergebnis auch: Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 132,3 B; Boesebeck, Umwandlungen, S.33; Erman-Schulze-Wenck, BGB, § 723,3 b; Esser, Schuldrecht II, S.297; Heckelmann, S.126 m.w.N.Fn.11; Hueck, OHG, S.366; Palandt-Thomas, BGB, § 723, 2 c; Schlegelberger-Geßler, HGB, § 132,42 b; Ulmer in Großkomm. HGB, § 132,33-35; ders NJW 79/81 (82 m.w.N.Fu.16); so auch schon Weipert, HGB-RGRK, 2. Aufl., § 132,15.

23) BGHZ 23,10(14); BGH NJW 73,651(652); 54,106; RGZ 162,388(393); v. Gamm, BGB RGRK § 723,15; Hueck, OHG, S.366; Schlegelberger-Geßler, § 132,16; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 723,24; Sudhoff, Personengesellschaften, S.319; Ulmer, NJW 79 81 (82 m.w.N.Fu.17); Westermann, Personengesellschaft I, Rz 450.

in der Rspr.(24) als auch in der Literatur anerkannt(25), wobei jedoch die wirklich gezogene Zulässigkeitsgrenze erheblich differiert und von der Unzulässigkeit geringer Bilanzkorrekturen bis hin zur Zulässigkeit eines völligen Abfindungsausschlusses reicht.

Eine klare Grenzziehung ist nur dann möglich, wenn man sich nochmals den zwingenden Kern der Kündigungsregelungen vor Augen führt und feststellt, welcher Bereich durch wirtschaftliche Beeinträchtigungen überhaupt berührt werden kann.

Grundsätzlich verbieten die §§ 723 III BGB, 133 III HGB jede Beschränkung des Kündigungsrechtes. Dieser strenge Grundsatz ist aber gem § 132 HGB für die hier relevanten Handelsgesellschaften aufgelockert, da in gewissen Grenzen zeitliche Einschränkungen des unmittelbaren Kündigungsrechts zulässig sind (26).

Daraus folgt, daß im Bereich der Handelsgesellschaften zwar jeder unmittelbare Ausschluß des Kündigungsrechts verboten ist, nicht aber jede direkte Beschränkung.

24) BGH NJW 79,104; 73,651; BGH JR 74,24 (25); RGZ 162, 388(393); RGZ 136, 236(241).

25) Andorfer, S.65 ff; Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 132,3 B; Boesebeck, Umwandlungen, S.33; Erman-Schulze-Wenck, BGB, § 723,3 B; Esser, Schuldrecht II, S.297; v. Gamm in BGB-RGRK, § 723,15; Heckelmann, S.126; Hinke, S.41; Huber, S.328; Hueck, OHG, S.366; Lehmann-Dietz, Gesellschaftsrecht, S.182; Nitschke, S.345,352; Palandt-Thomas, BGB, § 723,2 c; Schlegelberger-Geßler, HGB, § 132,16; Schwandt, S.69 ff; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 723,24; Staudinger-Keßler, BGB, § 723,42 b; Sudhoff, Personengesellschaften, S.319; Ulmer in Großkomm. HGB, § 132,33; ders. in M.K. § 738,33; H.P. Westermann, Typengesetzlichkeit, S.240; Wiedemann, Uertragungen, S.92.

26) BGHLM Nr.2 zu § 132 HGB; Düringer-Hachenburg, § 132,7; Hueck, OHG, S.365; Wieland, S.670 Fu.8; Schlegelberger-Geßler, § 132,12; Ulmer in Großkomm. HGB, § 132,33.

Dieses somit zwischen einem Kündigungsausschluß und der erheblich weniger einschneidenden Kündigungsbeschränkung bestehende Stufenverhältnis wird durch die Filterwirkung der nur mittelbaren Einflußnahme wirtschaftlicher Absprachen weiter verstärkt(27). Daraus aber ergibt sich, daß eine Gleichstellung der wirtschaftlichen Beschränkung mit einer unmittelbaren und evtl. unzulässigen Beeinträchtigung des Kündigungsrechts nicht möglich ist.

Abfindungsvereinbarungen, die auf überschaubare Zeit eine Stundung vorsehen oder die Art und Weise der Zahlbarkeit betreffen, stellen zwar in der Regel eine wirtschaftliche Beschränkung dar, schlagen aber nicht auf die tatsächlich geschützten Lösungsmöglichkeiten des personellen Bindungsverhältnisses durch(28). Erst wenn Verträge geschlossen werden, die gleichzeitig mit der Kündigung existenzgefährdende Vermögensverluste verbinden, kann dies auf die in § 723 III BGB geschützte Kündigungsmöglichkeit Auswirkungen zeigen(29). Vorher mögen zwar wirtschaftliche Werte betroffen sein, nicht aber das Kündigungsrecht, weil die Entscheidungsmöglichkeit des kündigenden Gesellschafters nicht eingeschränkt ist.

Daher wird erst bei Erreichen einer Unzumutbarkeitsgrenze das Recht de facto vereitelt(30).

Daraus aber ergibt sich, daß, unabhängig von der Art der Kündigung, die wirtschaftliche Beschränkung des Kündigungsrechtes im Gegensatz zur unmittelbaren stets erlaubt ist, während sowohl der wirtschaftliche als auch der unmittelbare

27) Glunz, S.180.

28) BGH JZ 54,194; RGZ 162,388(393); 156,129(136); 136,236(241).

29) Wobei hier nicht weiter geklärt werden soll, ob es sich um eine verbotene Gesetzesumgehung handelt (so Ulmer-Großkomm HGB, § 132,33; Heckelmann, S.141 ff) oder um einen direkt unter die Vorschrift zu subsumierenden Fall (BGH).

30) BGH JR 74,24 (25); Andörfer, S.65 ff; Herrmann, S.56 Heckelmann, S.126; Staudinger-Keßler, BGB, § 723,42 b.

Ausschluß nicht mit den Begrenzungsvorschriften zu vereinbaren ist(31).

Abfindungsvereinbarungen können demnach nur dann gegen die zwingenden Kündigungsregeln verstoßen, wenn die wirtschaftliche Beeinträchtigung so groß ist, daß eine Gleichstellung zum unmittelbaren Kündigungsausschluß geboten ist. Hiermit einher geht die Frage, ab welchem Grad wirtschaftlicher Einbußen eine de facto Rechtsverletzung eintritt.

Die Lösung des Problems liegt im Tatsächlichen. Daher kann es nicht auf die Form der Kündigung ankommen, insbesondere ist die Unterscheidung zwischen ordentlicher(32) und außerordentlicher(33) unbeachtlich(34).

Primär ist vielmehr nach allgemeinen, objektiven Gesichtspunkten zu suchen, die den Interessenkonflikt zwischen Erhaltungsinteresse der Gesellschaft einerseits und Freiheitsinteresse des Gesellschafters andererseits(35) entscheiden können. Erst wenn keine allgemeingültigen Kriterien vorhanden sind, wobei auch Erkenntnisse ähnlich gelagerter Rechtsprobleme verwertet werden können, ist auf den konkreten Einzelfall abzustellen, wobei als Ansatzpunkt die Art der Gesellschaft und die Form der Beteiligung heranzuziehen ist. Besondere Beachtung verdient in diesem Zusammenhang die Frage, ob ein mehr personelles oder ein mehr kapitalistisches Element überwiegt.

31) Glunz, S.180; Hueck, OHG, S.365,366; Düringer-Hachenberg, § 132,7; Ulmer in Großkomm. HGB, §§ 132,25, 26,31,33 ff; Voraufgabe hierzu, Staub, § 132,3; Wieland, S.670 Fu.8.

32) Im Falle einer unbefristeten Gesellschaft vgl. § 723 III BGB.

33) Im Falle einer befristeten Gesellschaft vgl. § 133 III HGB.

34) RGZ 162,388 (393); RGZ 156,129 (133); Koehler, Anm.zu BGH JZ 54,194,195 (196).

35) Andörfer, S.65 ff; Glunz, S.187; Herrmann, S.58; Hueck, OHG, S.366; v.Godin, JR 48,61 (65); Huber, S.329; Schwandt, S.71; Westermann, Rz 450,632.

Diese Einzelaspekte sind auch zulässige Entscheidungskriterien(36). Ebenso wie das Verständnis der Kündigungsvorschriften eine Trennung des persönlichen vom wirtschaftlichen Bereich erfordert, hängt von der Ausrichtung der, Beteiligung spiegelbildlich auch die Entscheidung ab, wann der vermögensrechtliche Aspekt die personelle Bindung(37) zumindest miterfaßt(38). Zwar wird eine solche Differenzierung im Schrifttum zum Teil(39) abgelehnt und auch vom BGH(40) verworfen, da das Kündigungsrecht nicht von der finanzmäßigen Ausgestaltung der Personengesellschaft abhängen dürfe. Diesem Grundsatz ist zwar zuzustimmen, jedoch ist er als Entscheidungskriterium hier insofern unbrauchbar, da es nur m i t t e l b a r um die Möglichkeit der Kündigung geht. Die hier anstehende Frage befaßt sich direkt vielmehr nur mit dem Problem, welche Umstände zu einer de facto Rechtsverletzung führen, was aber von der Ausgestaltung des konkreten Einzelfalls abhängt.

Einer weiteren Klärung bedarf dieser Streit jedoch dann nicht, wenn allgemeine Bewertungskriterien vorhanden sind, die schon aus Rechtssicherheitsgründen einer Einzelfalldogmatik vorzuziehen wären.

a . Voluntatives Element

Hierzu ist wiederum auf das Verständnis der §§ 723 III BGB, 133 III HGB abzustellen. Wie oben erörtert, sind Kündigungsbeschränkungen vom Rechtsgedanken her solange zulässig, wie ihnen ein voluntatives Element innewohnt(41).

36) Heckelmann, S.147 mit Fn.6; a.A. Flume, Personengesellschaft, S.187; Ulmer in M.K. § 738,33.

37) In der Regel wird von einer Zweiteilung ausgegangen, Barz, JW 38,490 (492); Heckelmann, S.125.

38) Barz, JW 38,490 (491 ff); Boesebeck, Umwandlungen, S.36 f; Heckelmann, S.139; Siebel, DNotZ 54,71 (73 ff); Ulmer in Großkomm. HGB, § 132,31.

39) Heckelmann S.126,127; Huber, S.56; Ulmer in Großkomm. HGB, § 132,26; H.P.Westermann, Typengesetzlichkeit, S.237.

40) BGHZ 23,10 (15), der RGZ 156,129 ablehnt.

41) Vgl. S.22ff.

Das Abschließen einer Abfindungsvereinbarung geschieht durch Abgabe und Annahme von Willenserklärungen(42), so daß sie generell eine, auch im Sinne der Kündigungsvorschriften zulässige Beschränkung darstellen. Nur bei besonders harten Klauseln, etwa einem völligen Verzicht, könnte es denkbar sein, daß diese eine Bindung bewirken, die wegen ihrer Unübersehbarkeit(43) als nicht mehr zulässig anzusehen ist (44).

Dieser Fall wäre somit im Grundsatz dem juristischen Ausschluß gleichzustellen, der, obwohl willensgesteuert abgeschlossen, wegen der mangelhaften Reaktionsmöglichkeit auf zukünftige Veränderungen unwirksam ist.

Zusätzlich müßte eine solche Abfindungsvereinbarung aber noch mittelbar die Entscheidungsfreiheit zur Lösung des persönlichen Verhältnisses einengen(45).

Daraus aber folgt, daß die Klauseln, die das Kündigungsrecht verletzen, sehr einschneidende Regelungen treffen müssen. Bei der Suche nach g e n e r e l l e n K r i t e r i e n, das Freiheitsinteresse des Gesellschafters gegen das wirtschaftliche Erhaltungsbedürfnis der Gesellschaft abzuwägen(46), verdient diese Erkenntnis besondere Beachtung. Allein hierdurch wird der Interessenkonflikt aber nicht entschieden(47).

Die Lösung muß daher mangels weiterer Ansatzpunkte anhand anderer Gebiete und Rechtsinstitute gesucht werden.

42) Vgl. §§ 133, 157, 305 BGB.

43) Die zukünftige wirtschaftliche Entwicklung, personelle Konstellation und Ertragslage des Unternehmens ist langfristig nicht vorhersehbar.

44) Herrmann, S.61.

45) Esser, Schuldrecht II, S.297; Heckelmann S.126,128; Schwandt, S.69 (72 ff); Wiedemann, Gesellschaftsrecht, S.400 m.w.N.

46) Andörfer, S.65 ff; Glunz, S.187; v. Godin, JR 48,61 (65); Herrmann, S.58 f; Huber, S.329 a.A. Siebel, DNotZ 54,71 (73); Hueck, OHG, S.366; Schwandt, S.71; Staudinger-Keßler, BGB, § 723,43 c; Westermann, Rz. 450,62.

47) So aber Heckelmann, S.128,130 ff.

b. Wirtschaftliche Unmöglichkeit als

----- vergleichbares Rechtsinstitut -----

Hierzu bietet sich das Unmöglichkeitsrecht an, da die gesetzlich garantierte Lösungsmöglichkeit von der Gesellschaft durch eine wirtschaftliche Einengung dann verletzt wird, wenn wegen dieser eine Kündigung unzumutbar(48), sprich "unmöglich" wird.

Gerade der wirtschaftliche Aspekt dieser Fallgestaltung und die prinzipielle Möglichkeit, das Recht unter Inkaufnahme aller Nachteile stets ausüben zu können, legen es nahe, eine Parallele zu einem Rechtsinstitut zu ziehen, das zwar in einem anderen Zusammenhang steht, auf der Tatbestandsseite aber gerade diese Problematik zu entscheiden hat.

Der Fall der wirtschaftlichen Unmöglichkeit(49)(50) geht ebenso von einer grundsätzlich denkbaren Leistungsbewirkung aus, wie auch das Kündigungsrecht hinsichtlich der Beendigung der persönlichen Bindung de iure stets besteht. Wird jedoch die "Opfergrenze"(51) zur Bewirkung der Leistung überschritten bzw. die Leistung wirtschaftlich sinnlos(52), so tritt eine Gleichstellung zur tatsächlichen

48) Glunz, S.180; Düringer-Hachenburg, S. 132,7; Hueck, OHG, S.366; Westermann, Rz.450,634.

49) Terminologie vergl. insbes. Emmerich, MK, §275,33; Jakobs, S.81 und 205; Medicus, Rz.158.

50) Wobei es für die hier in Frage stehenden Probleme unerheblich ist, ob es sich tatsächlich um einen Fall des § 275 BGB handelt oder ob die Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gem. § 242 BGB die Lösung vorgeben, vgl.: Wegfall GG; BGH MDR 53,282; RGZ 103,177; RGZ 94,69; Erman-Battes, § 275,27, Vorb.15; Jauernig-Vollkommer, § 275, Vorb. 2 c dd; Kegel, JZ 51,385 (399 Fn.17); Larenz, Schuldrecht, AT, S.296 ff; Palandt-Heinrichs, § 275, 1 e; Staudinger-Löwisch, § 275,6; Überblick über Rspr. Wegfall GG: BGH MDR 53,283; WM 72,656 Unmöglich; RGZ 57,118; RGZ 94,47; RGZ 102,273; RGZ 100,131; RGZ 107,157; RGZ 101,81; Enneccerus-Lehmann, § 46 I 2; Soergel-Schmidt, § 275,29; Esser, Schuldrecht I, S.242, seit 5. Auflage Wegfall GG. Weiter unterscheidend: Medicus, Rz.158.

51) Terminologie Palandt-Heinrichs, § 275, 1 c; Heck, Schuldrecht, § 31,1.

52) So etwa Medicus, Rz.158, erste Fallgruppe.

Unmöglichkeit jedenfalls dann ein, wenn eine Anpassung des Vertrages unmöglich ist(53).

Unabhängig davon, daß es bei Abfindungsvereinbarungen um die Frage einer *R e c h t s v e r e i t e l u n g* geht, während das Unmöglichkeitsrecht auf das Erlöschen einer *L e i s t u n g s p f l i c h t* zugeschnitten ist, stellt sich in beiden Fällen das Problem der Zumutbarkeit einer gebotenen Handlung(smöglichkeit). Mithin handelt es sich um die gleichen Tatbestandsvoraussetzungen, auch wenn die daraus resultierende Rechtsfolge erheblich divergiert. Die Ermittlung der abstrakten Zumutbarkeitsschwelle muß daher schon wegen der Einheitlichkeit der Rechtsordnung gleichen Grundsätzen folgen.

Andererseits kann aber auch nur dieser Teilaspekt relevant sein. Alle weiteren, im Unmöglichkeitsrecht entwickelten Grundsätze sind nicht übertragbar, insbesondere kommt es nicht darauf an, in wessen Risikobereich die Abfindungsvereinbarungen fallen. Denn auf Vertragsverpflichtungen kann sogar vollständig verzichtet werden(54), nicht aber auf das Kündigungsrecht(55). Daher ist es nicht weiter beachtlich, daß Abfindungsvereinbarungen häufig auch den Charakter von Festpreisabsprachen haben(56), bei denen besondere Grundsätze gelten (57).

Demnach darf hier nur auf die Opfergrenze selbst abgestellt werden.

53) Für diesen Fall ist es daher nicht weiter relevant, ob eine echte Gleichstellung erfolgt oder nur auf der Rechtsfolgenseite ein vergleichbares Ergebnis erzielt wird, sofern die Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage Anwendung finden.

54) Vgl. insoweit §§ 398 ff.

55) Vgl. S. 48 ff.

56) BGH JZ 78,235; BGHZ 74,374; Haarmann, S. 47 ff.

57) BGHZ 74,373; BGHZ 76,25; BGH NJW 78,2391; BGH BB 77,1574.

Diese ist im Vertragsrecht sehr hoch anzusetzen (58), auch wenn es keine klaren Prozentangaben gibt. Denn die konkrete Zumutbarkeitsgrenze (59) ist stets anhand einer Einzelfallentscheidung zu ermitteln, die nur eine allgemeine Richtlinie über ihren eigenen Bereich hinaus aufzeigen kann. Im Grundsatz kann man aber feststellen, daß es regelmäßig zumutbar ist, eine mögliche, wenn auch mit Opfern verbundene Leistung zu erbringen (60). Für die hier relevante Problematik folgt daraus, daß eine Gleichstellung tatsächlicher Faktoren mit solchen rechtlicher Art auch für die Kündigung die Ausnahme bilden muß.

c. Parallele zum dienstrechtlichen Kündigungsrecht

Dieser Grundsatz wiederholt sich im Dienstrecht.

Auch dort besteht nämlich die Möglichkeit, bei Vorliegen besonderer Umstände den wirksamen Vertrag aus wichtigem Grund zu kündigen, ohne daß der mit einer Rechtsausübung verbundene Verlust des zukünftigen Entgeltanspruchs eine unzulässige Beschränkung des Lösungsrechtes bewirkt (61). Vielmehr ordnet das Gesetz für bestimmte Fälle sogar gem. § 628 Abs. 1 Satz 3 noch weitere Sanktionen an, indem im Einzelfall der schon entstandene Vergütungsanspruch wieder entfallen kann. Dies aber zeigt, daß die persönliche Lösungsmöglichkeit gerade nicht von einer wirtschaftlichen Komponente abhängt, sondern daß sogar einschneidende materielle Verluste das Kündigungsrecht in der Regel nicht tangieren.

58) Vergl. hierzu insbes. die Rspr. zu den Kaliverträgen, BGH NJW 66, 105; 59, 2203; 51, 838; desweiteren BGHZ 77, 67; 73, 299; 9, 161; BGH NJW 78, 948; 51, 836; BGH BB 77, 1574; RGZ 169, 207; die Schwierigkeiten müssen "überobligatorisch" sein, Staudinger-Weber, § 242, 298; Siebert-Knopp, § 242, 413.
59) BGHZ 37, 233 (240).

60) Emmerich, MK, Vor. § 275, 17, der "unverhältnismäßige" Opfer verlangt und diesen Bereich zumindest auch dem Recht der Leistungsstörungen zurechnet, M K, § 275, 19.

61) Es kann hier offenbleiben, ob diese Rechtsfolge nur bei schuldhaftem Verhalten eintritt, so Schwerdtner in M K, § 628, 56, da es für die Frage nach der tatsächlichen Lösungsmöglichkeit ohne Einfluß ist.

d. Ergebnis

Aus alledem folgt, daß nur außerordentlich einschneidende Abfindungsvereinbarungen das Kündigungsrecht vereiteln können. Mithin sind beispielsweise solche, die auf den Buch- oder Steuerbilanzwert abstellen, in der Regel zulässig (62), da sie die hier relevante Schwelle nicht überschreiten. Schließlich orientieren sich auch diese an der jeweiligen Situation der Gesellschaft, auch wenn sie in ihrer Bewertungshöhe hinter dem tatsächlichen Vermögensstand zurückbleiben. Dies aber reicht in der Regel nicht aus, eine Gleichstellung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Beschränkung des Kündigungsrechtes anzunehmen, da hiervon nur in Ausnahmefällen auszugehen ist. Grundsätzlich bewirken Abfindungsvereinbarungen keinen Verstoß gegen §§ 723 III BGB, 133 III HGB. Nur im Einzelfall kann eine durch die Abfindungsvereinbarung verursachte Einschränkung so "schwer und unerträglich" (63) sein, daß eine Vereitelung des Kündigungsrechtes eintritt. Dies wäre z.B. dann anzunehmen, wenn ein Gesellschafter fast sein gesamtes Vermögen in die Gesellschaft eingebracht hat und ein vollständiger Abfindungserlaß vereinbart ist. Als Gegenbeispiel könnte dagegen eine geringfügige Beteiligung in einer Gesellschaft gelten, die auch prozentual beim Vermögen des Gesellschafters kaum ins Gewicht fällt. Selbst bei Vereinbarung eines völligen Abfindungserlasses bliebe hier dem Gesellschafter die letztlich geschützte persönliche Lösungsmöglichkeit erhalten.

Somit ist allein aus einer besonders harten Abfindungsregel ein Verstoß gegen die Kündigungsvorschriften nicht herzuleiten (64), vielmehr müssen besondere Umstände

62) Glunz, S. 187; Hueck, OHG, S. 366; Schwandt, S. 72; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 723, 25; Staudinger-Keßler, § 723, 34; Sudhoff, S. 320; a.A. Schlegelberger-Geßler, HGB, § 132, 16.

63) RGZ 107, 157; Medicus, Rz. 158.

64) Glunz, S. 180, 181, 186; Reuter, S. 287, a.A. aber überwiegendes Schrifttum und Rspr., vergl. S. 50 Fn24 insbes. Ulmer, M K, § 738, 33, m.w.N.

hinzutreten, die sich aus der Situation des betroffenen Gesellschafters ergeben und nicht zwingend an das Gesellschaftsverhältnis geknüpft sind. Diese können aber regelmäßig keine Vereinbarungsgrenze für den Gesellschaftsvertrag darstellen, da hinsichtlich ihrer Beurteilung auf den Moment des "vereitelten" Kündigungswillens abgestellt werden muß, der nicht mit dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses korrespondiert.

Festzustellen ist daher, daß sich aus den gesellschaftlichen Kündigungsregeln eine Vereinbarungsgrenze für Abfindungsvereinbarungen regelmäßig nicht ergibt.

2. Privatgläubigerkündigung

Die Privatgläubigerkündigung ist Ausdruck des im deutschen Recht anerkannten Rechtsprinzips des Gläubigerschutzes (65), der in vielen Fällen zu dem Kapital- und Bestandschutzinteresse der Gesellschaft in einem Spannungsverhältnis stehen kann(66).

Da sich auch Abfindungsvereinbarungen zum Nachteil von Privatgläubigern auswirken können, sind sie an den diesen Grundsatz beinhaltenden Normen zu messen.

§ 135 HGB regelt die Möglichkeit des Gläubigers, auch auf den Vermögensteil des Schuldners zugreifen zu können, der wegen seines Einbandes in das gesellschaftliche Gesamtgefüge grundsätzlich nicht mehr zur Disposition des Gesellschafter-Schuldners steht, somit also auch einer alleinigen Verwertungsmöglichkeit des Gesellschafter-Gläubigers entzogen ist. Das hierdurch garantierte Kündigungsrecht ist zwingend(67), da es zum einen dem Gesellschaftsgläubiger nicht zuzumuten ist, den Zugriff auf beim Schuldner vorhandene Vermögenswerte für möglicherweise sehr lange Zeit aufzuschieben, es zum anderen aber mit dem Gedanken der engen persönlichen Bindung in einer OHG unvereinbar erscheint, den Gesellschaftergläubiger als Gesellschafter zu übernehmen.

Grundsätzlich geht § 135 HGB zwar von einer Auflösung der Gesellschaft nach der Kündigung aus(68), allerdings kann im Gesellschaftsvertrag auch vereinbart sein, daß die

65) Wiedemann, S.516.

66) Hofmann, NJW 66,1941 (1945); Immenga, S.121; Limbach, S.107; Wiedemann, S.517.

67) Düringer-Hachenburg, HGB § 135,13; Erman-Schulze-Wenck, § 725,1; Heckelmann, S.167; Hueck, OHG, S.370 ff; Nitschke, S.347.

68) BGH NJW 59,1685; Staudinger-Keßler, § 725 Rdn.4 m.w.N.

Gesellschaft nach einer Gläubigerkündigung fortbestehen soll. In diesem Fall wird der Gesellschaftsgläubiger somit auf die Abfindung des § 738 I 2 BGB verwiesen, die jedoch vertraglich eingeschränkt werden kann. Soweit diese Abfindungsvereinbarungen geeignet sind, die zwingende Kündigungsmöglichkeit zu vereiteln, könnte eine relevante Wirksamkeitsschranke bestehen.

Da die Position des Gesellschafters oder Gläubigers davon abhängig ist, ob die Abfindungsvereinbarung nur für den Fall der Gläubigerkündigung ausgeschlossen ist oder aber auch für andere Fälle des Ausscheidens gilt, soll für den weiteren Gang der Untersuchungen zwischen beiden Varianten unterschieden werden.

a. Allgemein wirkende Klauseln

Wie sich aus den §§ 835, 829, 851, 859, 857 ZPO ergibt, kann ein Gläubiger stets nur die Rechte wirksam pfänden, die seinem Schuldner zustehen. Weitergehende Befugnisse hat er nicht. Mithin besteht auch in diesem Zusammenhang eine Verwertungsbefugnis des Gläubigers nur für die Rechte, die sein Schuldner selbst als Gesellschafter innehat(69).

Unabhängig von der Kündigungsmöglichkeit des Gläubigers steht dem ausscheidenden Gesellschafter jedoch nur ein Anspruch auf den in der Abfindungsvereinbarung vorgesehenen Teil des Auseinandersetzungsguthabens zu. Dieser Vermögenswert wird daher nicht durch die Kündigung des Gläubigers verloren, vielmehr bestand er als verwertbares Guthaben schon zuvor nicht mehr. Mithin liegt in diesem Fall keine Schlechterstellung des Gesellschafter-Gläubigers gegenüber dem Gesellschafter-Schuldner vor.

Vielmehr ist festzustellen, daß das Kündigungsrecht selbst durch Abfindungsvereinbarungen gar nicht tangiert wird.

69) Heckelmann, S.167.

Denn der Gläubiger kann nach wie vor kündigen, allerdings bleibt ihm der damit bezweckte Erfolg versagt, auch die gesellschaftlich gebundenen Werte seinem Zugriff zuzuführen.

Daher ist zu prüfen, ob § 135 HGB als zwingende Norm nicht nur die Kündigungsbefugnis selbst schützt, sondern darüber hinaus auch die Möglichkeit, Befriedigung aus dem im Gesellschaftsanteil enthaltenen Vermögenswert zu finden.

Ebenso wie die Frage nach der juristischen und wirtschaftlichen Lösungsmöglichkeit des Gesellschafters von der Gesellschaft ist dieses Problem außerordentlich umstritten⁷⁰⁾, wobei in diesem Fall noch zusätzlich die Schwierigkeit entsteht, daß der Dritte über die Gesellschaftsinterna meist nicht Bescheid weiß und daher evtl. auf Werte vertraut, die ihm eigentlich nie zur Verfügung standen.

Die hier entscheidende Interessenabwägung zwischen dem Kapital- und Bestandschutzbedürfnis der Gesellschaft einerseits und dem Gläubigerschutz andererseits muß zugunsten der Gesellschaft ausfallen. Denn der Privatgläubiger kann jedenfalls gemäß §§ 859 I 857 ZPO den Gesellschaftsanteil und damit auch nach §§ 835, 829, 851 ZPO Gewinn und Ausschüttungsanteil des Gesellschafter-Schuldners pfänden. Mehr Rechte als die, die auch dem Gesellschafter selbst zustehen, will aber auch der Gedanke des Gläubigerschutzes nicht garantieren. Der Gläubiger kann also die finanziellen Vorteile, die auch der Gesellschafter auf Grund seiner Gesellschafterstellung bezieht, verwerten und darüber hinaus noch die persönliche Bindung lösen, was im Einzelfall ein erhebliches Druckmittel sein kann. Der Kapitalanteil ist allerdings über die gesellschaftsvertragliche Abfindung hinaus seinem Zugriff entzogen.

70) Fischer in LM Nr.3 zu § 34 GmbHG; Düringer-Hachenburg, HGB, § 135,13; Glunz, S.195; Heckelmann, S.167; Heymann-Kötter, § 138,7; Hueck, OHG, S.370 ff; Marcus, JW 07,539 (540); Nitschke, S.347; Schwandt, S.65; Ulmer in Großkomm. HGB, § 135,12; Westermann, Rz.451.

Hierdurch wird der Privatgläubiger auch nicht unbillig benachteiligt, insbesondere liegt ein besonderer Vertrauensschutz Gesichtspunkt nicht vor. Er darf nämlich nicht zwangsläufig mit einer Zugriffsmöglichkeit rechnen, da die innerhalb des Gesellschaftsvertrages getroffenen Absprachen vielseitig sein können und der äußerliche Anschein von Wohlstand nicht ohne weiteres die rechtliche Gewähr dafür bildet, daß dieses Vermögen auch gerade dem Schuldner zusteht.

§ 135 HGB verschafft daher zwar ein zwingendes Kündigungsrecht, regelt jedoch nicht den wirtschaftlichen Ausgleich, so daß diese Vorschrift für generell wirkende Abfindungsklauseln keine Vereinbarungsgrenze darstellt(71).

b. Klauseln nur für den Fall der

Privatgläubigerkündigung

Auch wenn die vorstehenden Betrachtungen im wesentlichen auf Vereinbarungen übertragen werden können, die eine Abfindungsbeschränkung nur für den Fall einer Privatgläubigerkündigung vorsehen, muß hier der Besonderheit Rechnung getragen werden, daß der Gesellschafter weiterhin eine Abfindung im Falle des Ausscheidens verlangen kann und nur dem Privatgläubiger eine "schlechtere" Rechtsstellung eingeräumt wird.

Bei der Frage nach der Zulässigkeit solcher Absprachen gemäß § 135 HGB ist jedoch wiederum auf das Verständnis der Kündigungsregelung abzustellen. Diese schützt erster Linie die Möglichkeit des Privatgläubigers, die

71) Heckelmann, S.167,168; Heymann.Kötter, HGB, § 135, § 138,7; a.A. Diss. Glunz, S. 195; Diss. Ziegler, S.143 ff; Hueck, OHG, S.380 ff; Nitschke, S.347; Schwandt, S.65; Ulmer in Großkomm.HGB, § 135,21; Westermann, Rz.451.

persönliche Bindung des Gesellschafters in der Gesellschaft zu beenden. Eine möglicherweise darüber hinausgehende Intention des Gesetzgebers, dem Privatgläubiger auch die Vermögenswerte der Beteiligung zukommen zu lassen, hat in dem Wortlaut der Vorschrift des § 135 HGB keinen Anklang gefunden. Dies war auch nicht erforderlich, führt man sich nochmals das damalige Leitbild vor Augen, nach dem eine Änderung im personellen Bereich regelmäßig zu einer Auflösung der Gesellschaft führte mit der Folge, daß der Privatgläubiger auf den Liquidationserlös zugreifen konnte. Nach dem Obengesagten darf diese Folge aber schon aus gesetzessystematischen Gründen und dem Wortlaut der Vorschrift selbst nicht in § 135 HGB als zwingender Bestandteil hineininterpretiert werden. Die dadurch entstehende möglicherweise unbillige Gläubigerbenachteiligung ist vielmehr im Rahmen eines Sittenverstößes zu untersuchen, bei dem das wirtschaftliche Moment im Vordergrund steht.

Daher kann § 135 HGB durch solche Klauseln nur dann verletzt sein, wenn wie im Falle einer Gesellschafterkündigung das Kündigungsrecht durch die Abfindungsregelung so erschwert wird, daß mittelbar und de facto die Rechtsausübung verhindert wird.

Für die Gleichstellung einer Beeinträchtigung de jure mit einer Beschränkung de facto ist aber, wie bereits im Teil 4 A I festgestellt, ein sehr strenger Maßstab anzusetzen. Allein die Tatsache, daß die Rechtsausübung für den Privatgläubiger einen geringeren oder möglicherweise gar keinen Nutzen mehr hat, läßt jedenfalls nicht zwangsläufig den Schluß zu, damit sei das Kündigungsrecht bereits vereitelt. Vielmehr besteht es zumindest solange, wie es für den Berechtigten nicht mit wirtschaftlichen Einbußen verbunden ist. Diese können aber nicht in einer Verkürzung der Vermögensteile gesehen werden, die erst mit der Rechtsausübung gewonnen werden sollen, vielmehr muß es sich um Einschränkungen über den zu erlangenden Betrag hinaus

handeln. Im Gegensatz zu der Gesellschafterkündigung, bei der der Ausscheidende die ihm gehörende Gesellschafterstellung verliert, setzt der Gesellschaftsgläubiger bei einer Kündigung jedoch keinen in seinem Vermögen befindlichen Wert aufs Spiel. Das gilt sogar dann, wenn die Abfindung vollständig ausgeschlossen ist, da ein Vermögensopfer allenfalls von dieser Schwelle an erbracht werden kann und zuvor nur der Erhalt eines zusätzlichen Vermögensvorteils fehlt.

Mithin ist das Recht des Privatgläubigers zur Kündigung durch solche Klauseln nicht einmal erschwert, auch wenn andererseits die Ausübung nicht mehr sinnvoll erscheinen mag. Schon aus diesem Grunde scheidet aber auch die Annahme eines Umgehungsgeschäfts aus.

Somit sind selbst Abfindungsvereinbarungen, die nur für den Fall der Gläubigerkündigung geschlossen worden sind, unter dem Gesichtspunkt des § 135 HGB zulässig.

II. Verbot der zukünftigen Vermögensübertragung

Eine Vereinbarungsgrenze könnte sich jedoch aus § 310 BGB ergeben. Diese Vorschrift findet auch auf Gesellschaftsverträge Anwendung(72).

Voraussetzung wäre jedoch, daß der Gesellschaftsvertrag zum einen die Verpflichtung enthalten würde, über das Vermögen als Ganzes oder zu einem Bruchteil zu verfügen und es sich zum anderen um eine zukünftige Übertragung handeln würde(73).

Schon an der ersten Tatbestandsvoraussetzung wird es aber in der Regel fehlen, da es nicht ausreicht, daß nur eine Regelung hinsichtlich eines Sondervermögens getroffen

72) Erman-Battes, § 310,3; Jauernig-Vollkommer, § 310,1 c.
 73) RGZ 69,283(285); RGZ 69,416(418).

wird(74), und allein die Verpflichtung zur Verfügung über einzelne Vermögensgegenstände, worunter auch eine Forderung fallen kann, im Gegensatz zu der Schutzbestimmung des § 419 BGB(75) nicht ausreicht(76).

Doch selbst wenn sich im Einzelfall ergeben sollte, daß außerhalb des eventuellen Abfindungsanspruches keine weiteren Aktiva(77) mehr vorhanden sind und der Parteiwille(78) gemäß §§ 133, 157, 242 BGB dahingehend zu verstehen ist, daß tatsächlich nicht nur die Übertragung dieser Vermögensposition gewollt war, sondern in Wirklichkeit die des gesamten Gutes, fehlt es an der Zukünftigkeit des zu leistenden Wertes(79).

Zwar mag dann die Formvorschrift des § 311 BGB eingreifen, eine Verpflichtung zur Übertragung "zukünftigen Vermögens" ist aber in einer Abfindungsvereinbarung nicht zu sehen, da schon unmittelbar durch deren Abschluß die Anspruchs-entstehung verhindert wird, es somit zwangsläufig an einem zukünftigen Wert fehlt, der übertragen werden kann.

III. Verstoß gegen § 138 BGB

Eine generelle Schranke für die Zulässigkeit von Abfindungsvereinbarungen könnte jedoch § 138 BGB bilden(80),

74) BGHZ 25,1; RGZ 137,348; RG JW 10,242;

Palandt-Heinrichs, § 310,2; Erman-Battes, § 310,4; § 311,5.

75) BGHZ 35,143; 59,352; 66,217; RGZ 69,289;

Erman-Westermann, § 419,9.

76) BGHZ 25,1(4); RGZ 140,252(253); 76,3; 69,420; RAG

25,21 ff; Erman-Battes, § 310,4, § 311,5; Löscher in

BGB-RGRK, § 310,3; Palandt-Heinrichs, § 311,2; a.A.

Knieper, MDR 70,979.

77) Nur auf diese kommt es an, RGZ 69,285; Erman-Battes, § 310,4; Palandt-Heinrichs, § 310,2.

78) RGZ 94,315; Erman-Battes, § 311,5; § 419,9; vgl. auch subj. Komponente zu § 419; Erman-Westermann, § 419,19.

79) RGZ 124,326 ff; Diss. Glunz, S.220 ff; Löscher in RGRK-BGB, § 397,1.

80) Flume, Personengesellschaft, S.181; Schultze-v.Lasaulx, ZfG 21,325(331); Schneider, Anm. zu BGH JR 74,24 in JR 74,25(26); Ulmer, NJW 79,81(82); ders. in M K § 738,2; Westermann, Typengesetzlichkeit, S. 21 ff.

wobei im wesentlichen drei Fallgruppen in Frage kommen, nämlich der Wuchertatbestand, der Knebelungstatbestand und der Gesichtspunkt der Gläubigerbenachteiligung(81).

Die Grenzziehung ist bei dem außerordentlich umfangreichen Meinungsstand nicht einheitlich und wird zum Teil von der konkreten Ausgestaltung der Gesellschafterstellung(82) den Umständen des Erwerbs(83) und dem Anwendungsbereich der Klausel(84) abhängig gemacht.

So wird in der Regel ein Abfindungsausschluß unter Lebenden als unwirksam angesehen(85), während der auf den Todesfall als zulässig erachtet wird(86).

Auch eine unangemessen niedrige Abfindung kann schon einen Verstoß bewirken(87), sofern die Gesellschafterstellung nicht unentgeltlich(88) oder durch Erbschaft erworben

81) Ulmer in M K. § 738, 32, 34.

82) Dem steht der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zwangsläufig entgegen, da dieser insoweit dispositiv ist, Hueck, OHG, S.111; Westermann I, Rz.243.

83) Flume, NJW 79,902, der auf einen Gesellschafter minderen Rechts abstellt, Huber ZGR 80,194; Nitschke, S.341.

84) Ob diese also generell gilt oder nur auf den Todesfall bzw. bestimmter anderer Umstände; KG JR 59,101; Huber, Vermögensanteil, S.462 ff; Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, S.10 ff, Ulmer in Großkomm. HGB, § 138,120.

85) Huber, Vermögensanteil, S.462 ff; Knöchlein, DNotZ60,452; Schlegelberger-Geßler, HGB, § 138,27; Ulmer in M K § 738,40,32; Westermann, Rz 449 und 634; vergl. auch Fn. zuvor; a.A. Glunz, S.221; Schwandt, S.84; Ziegler, S.136.

86) BGHZ 22,186 (194); BGH BB 62,465; RGZ 171, 345 (350); Baumbach-Duden-Hopt, HGB, §131,3c; Buchwald, JR 55,173 (174); Goroncy, S.83,159; Heckelmann, S.105 Fn. 19 m.w.N.; Hinke, S.41; Lehmann, Gesellschaftsrecht, S.132; Siebert, Gesellschaftsvertrag, S.10; Sudhoff, DB 68,648 (652); Tiefenbacher, BB 58,565 (567); Ulmer in M K, § 738,41 m.w.N. Fn. 76.

87) Esch, NJW 79,1390 (1391); Hueck, OHG, S.435 Fn.4; Krämer, NJW 81,2553 (2555); Schilling, ZGR 79,421 (424,426); H.P. Westermann, Typengesetzlichkeit, S.246. So auch die neuere Rechtssprechung, die schon die Buchwertabfindung in best. Fällen für zu niedrig erachtet, BGH NJW 79,104; 73,651.

88) BGH JR 68,300 (301); BGH MDR 68,28; BGHZ 34,80; Zimmermann, BB 69,965 (971).

worden ist(89).

Wo im einzelnen die Grenze liegt, soll im folgenden ermittelt werden, wobei in Anbetracht des Themas der Arbeit im wesentlichen auf die Abfindung unter Lebenden abzustellen ist.

1. Wuchertatbestand, § 138 II BGB

Dieser Absatz konkretisiert den außerordentlich weiten Tatbestandsrahmen des Abs. I(90) und ist daher zuerst zu prüfen. Selbst wenn jedoch die objektiven Tatbestandsmerkmale vorliegen sollten, insbesondere das Ausnutzen von Unerfahrenheit (91), so wäre des weiteren ein zusätzliches, subjektives Element erforderlich (92).

Daher kann eine Abfindungsvereinbarung nur in besonderen Fällen gegen das Wucherverbot verstoßen(93).

Denkbar ist dies besonders dann, wenn nur einem unerfahrenen Gesellschafter eine Abfindungsvereinbarung auferlegt wird in der Absicht, dadurch die verbleibenden Gesellschafter zu begünstigen. Diese Konstellation dürfte aber selten(94) vorkommen(95), so daß aus § 138 II BGB eine generelle Schranke für Abfindungsvereinbarungen nicht herzuleiten ist.

89) BGHZ 22,186 (194); BGH BB 62,465, RGZ 145,289; RGZ 171,350; Buchwald, JR 55,173; Goroncy, NJW 68,1896; Hueck, DNot Z 52,550 (554); Liebisch, ZHR 116,128 (152); Rittner, Fam RZ 61,505; Schlegelberger-Geßler, HGB, § 138,26.

90) Jauernig, § 138,4 ; Palandt - Heinrichs, § 138,4 a aa; Erman-Brox, § 138,9.

91) Erman-Brox, § 138,20. Es handelt sich stets um eine persönliche Eigenschaft, BGH NJW 66,1451.

92) BGH NJW 79,758; OLG Stuttgart, NJW 79,2412; Bender, Gedächtnisschrift Rödig, S.38 ff; Erman-Brox, § 138,16; Jauernig-Schlechtriem, § 138,4.

93) Ulmer in M K , § 738,32.

94) Aber immerhin denkbar, BGH WM 75,325.

95) Kuhn, WM 75,723 m.w.N.; Ulmer, NJW 79,81 (82).

2. Knebelungstatbestand und wucherähnliches

 Rechtsgeschäft gemäß § 138 I BGB

Interessanter liegen die Dinge bei den Verträgen, die eine unangemessene Einschränkung der Rechte einer Vertragsseite bewirken.

Der in § 138 I BGB geforderte Sittenverstoß ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der mit der Zeit in der Rechtsprechung eine gewisse Konkretisierung erfahren hat(96).

Allerdings erfaßt § 138 I BGB keine gesetzlichen, sondern außerhalb der Rechtsordnung stehende tatsächlich geübte Moralbegriffe, was in der Formel des "Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkenden" Ausdruck gefunden hat(97).

Die relevante Sozialmoral ist hierbei anhand eines objektivierten Maßstabes zu ermitteln, auf eine Individualethik kommt es nicht an(98).

Daraus ergibt sich, daß sich mit dem gesellschaftlichen Wandel auch der Begriff der guten Sitten ändert(99).

Mithin sind die durch die Rechtsprechung gebildeten Fallgruppen mit Vorsicht anzuwenden, da sie den sozialen Wandel nicht stets in ausreichendem Maße berücksichtigen. Vielmehr ist es geboten, anhand der anerkannten Kriterien eine Prüfung vorzunehmen und die Fallgruppen nur ergänzend heranzuziehen.

96) BGHZ 60,33; BGHZ 21,350; BGHZ 10,232; BGH NJW 67,873; RGZ 150,1 (5); RGZ 80,219; Erman-Brox, BGB, § 138,30; Jauernig-Schlechtriem, § 138,2.

97) BGHZ 69,297; RGZ 48,124; Mot. II 727; Jauernig §138,2 a b; Larenz, AT, S.392; Medicus, AT, Rz 682 ff; Palandt-Heinrichs, § 138,1 b.

98) BGHZ 21, 350; Wieacker, JZ 61,342; Simitis, S.7.

99) BGHZ 43,49; BGHZ 16,74; RGZ 153,296 ff; Erman-Brox, BGB, § 138,31; Palandt-Heinrichs, § 138,1 d.

Als erstes Problem stellt sich die Frage, ob Verträge, die nur eine Vertragsseite unangemessen benachteiligen, überhaupt tauglich sind, einen Sittenverstoß zu begründen (100), da bei solchen regelmäßig nicht das Moralgefühl aller betroffen sein muß, sondern in der Hauptsache die Interessen des unterlegenen Vertragspartners.

Für eine solche Einschränkung des Anwendungsbereiches von § 138 I BGB besteht jedoch keine Notwendigkeit. Der Schutz des Einzelnen tritt wertmäßig nicht hinter dem der Allgemeinheit zurück, da sich das Anstandsgefühl der Mehrheit gerade aus der Summierung der Individualethik aller billig und gerecht Denkenden ergibt. Daher sind in Fortführung der Rechtsprechung des Reichsgerichts auch diese Fälle mit von § 138 BGB zu erfassen.

Mithin ist zwar zu unterscheiden, ob es sich um einen Sittenverstoß gegen die Allgemeinheit bzw. einen Dritten handelt (101) oder ob dieser gerade gegenüber dem Vertragspartner zum Ausdruck kommt (102). Grundsätzliche Auswirkungen hat dies aber nicht. Im ersten Fall ist es erforderlich, daß beide Vertragspartner sittenwidrig handeln, im zweiten genügt ausnahmsweise und zwangsläufig eine einseitige Verletzung (103). Daher reicht im Falle von Knebelungsverträgen ein einseitiger Sittenverstoß aus (104).

Des weiteren ist festzustellen, zu welchem Zeitpunkt der Sittenverstoß vorliegen muß. Insbesondere bei Verträgen, von langer Dauer kann es entscheidend darauf ankommen, ob sich der Verstoß auf den Vertragsabschluß, den Vertragsvollzug oder die Beendigung des gesamten Verhältnisses bezieht.

100) RGZ 78,347 (353); 98,79; 140,190; Heckelmann, S.108.

101) Etwa Bordellpacht, Verbrechensabsprache etc. RGZ 78,353; 98,79; 140,190.

102) BGHZ 50,70; RGZ 93,30; RGZ 120,149.

103) Erman-Brox, § 138,41.43; Jauernig-Schlechtriem, BGB, § 138,3; Palandt-Heinrichs, § 138,2,3.

104) BGH NJW 81,1206.

Aus dem Abstraktionsprinzip, d.h. der Trennung des Verpflichtungs- vom Erfüllungsgeschäft, folgt zwingend, daß sich die Sittenwidrigkeit der Kausalabsprache nicht am Vertragsvollzug orientierten darf. Vielmehr ist auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen(105), was auch schon wegen der Unvorhersehbarkeit sozialer Entwicklungen geboten ist.

Neben diesen beiden vorgelagerten Fragen ist es nunmehr jedoch geboten, auf die Sittenwidrigkeit selbst einzugehen.

Hierbei ist zu unterscheiden ob sich die Sittenwidrigkeit bei den in den Gesellschaftsvertrag eingebetteten Abfindungsvereinbarungen im Einzelfall schon aus deren (objektiven) Inhalt ergibt oder ob daneben noch besondere objektive(106) oder subjektive(107) Umstände zu beachten sind.

a. Sittenwidriger Inhalt der Absprache selbst

Der Inhalt von Abfindungsabsprachen, die ja unmittelbar die Entstehung des Anspruches gem. § 738 I 2 BGB modifizieren, könnte in diesem Zusammenhang möglicherweise schon dann nicht zu beanstanden sein, wenn es sich um ein "sittlich indifferentes Vollzugsgeschäft" handeln würde.

Jedoch paßt die klare Unterscheidung Verpflichtungs- und Vollzugsgeschäft auf solche Klauseln nicht, da sie als auch(108) schuldrechtlicher Vertragstypus zwar unmittelbar

105) BGHZ 7,111; BGH WM 77,399; BGH DB 79,157; Erman-Brox, § 138,43; Jauernig-Schlechtriem, § 138,1; Medicus, AT, Rz 691; Palandt-Heinrichs, § 138, 1 d; Schricker, Gesetzesverstoß, S.68; Soergel-Hefermehl, § 138,40.

106) Also Umstände, die nicht Inhalt des Rechtsgeschäftes sind, OLG Stuttgart, NJW 79,2412; Larenz, AT, S.392.

107) Also Absichten, Motive der Parteien, Erman-Brox, § 138,39; Larenz, AT, S.392.

108) Hueck, OHG, S.52; Palandt-Thomas, § 705,3 a.

Rechtsbeziehungen gestalten und bestimmte Rechtspositionen schaffen(109), nicht aber reine Vollzugsgeschäfte sind.

Allein aus diesem Grund ist eine Sittenwidrigkeit daher nicht abzulehnen. Vielmehr ist zu prüfen, ob sich nur aus dem konkreten aleatorischen Vertrag in Form eines Chancenkaufts das Merkmal der Sittenwidrigkeit ergibt.

Das ist zu verneinen. Grundsätzlich sind auch Kaufverträge sittlich indifferent(110), sofern sie sich nicht auf sittenwidrige Vertragsleistungen beziehen(111).

Das Einräumen einer Gewinnchance gegen Unterwerfung unter ein Risiko ist im heutigen sozialen Bewußtsein kein ungewöhnlicher Vorgang. Er spielt sich täglich im Wirtschaftsleben ab, etwa bei dem Einsatz wirtschaftlicher Mittel zur Gewinnerzielung etc. Daher kann a l l e i n in der Vereinbarung einer wechselseitigen Abfindungsklausel, kein Verstoß gegen § 138 BGB liegen(112).

b. Neben dem Vertrag vorliegende objektive und

subjektive Umstände

Soweit zur Ermittlung der Sittenwidrigkeit sonstige objektive Umstände herangezogen werden müssen, die nicht selbst Inhalt des Rechtsgeschäfts sind, reicht in der Regel(113) deren objektives Vorliegen nicht aus, vielmehr

109) Der Gesellschaftsvertrag schafft eine sachenrechtliche Gemeinschaft, Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 105,2 F.

110) BGHZ 19,83; BGH NJW 79,758; Erman-Brox, § 138,37,38; Jauernig-Schlechtriem, § 138,3a.

111) BGHZ 77,59;67,122; BAG NJW 76,1958; BGH NJW 73,615; RGZ 145,154; RGZ 79,373; Erman-Brox, § 139,34,36; Jauernig-Schlechtriem, § 138,2 b.

112) Auch Medicus, AT, Rz 688 stellt insoweit klar, daß sich die Verpflichtung zur Zahlung von Geldleistungen nur im Lichte der zugrundeliegenden Umstände als sittenwidrig darstellen kann.

113) Ulmer in M K, § 738,32, der diese nur für "bedeutsam" hält, hierzu auch Medicus, AT, Rz 685 ff; weitere Unterteilung bei Larenz, AT, S.392 ff.

müssen daneben auch die subjektiven Vorstellungen berücksichtigt werden(114).

Allerdings ist es nicht erforderlich, daß die sittenwidrig handelnde Partei ein Bewußtsein der Sittenwidrigkeit hat(115). Vielmehr reicht die Kenntnis bzw. fahrlässige Unkenntnis der Umstände, die die Sittenwidrigkeit bedingen, aus(116). Da in der Regel davon ausgegangen werden kann, daß den Parteien die objektiven Umstände des Geschäfts bekannt sind, ist insoweit grundsätzlich eine allgemeingültige Grenzziehung möglich(117), die nur im Einzelfall ihre Relevanz verlieren kann(118).

Auf die anderen Fälle, in denen sich die Sittenwidrigkeit nur aus der verwerflichen subjektiven Vorstellung der Parteien ergibt, soll hier nicht weiter eingegangen werden, weil diese schon zwangsläufig eine allgemeine Zulässigkeitsgrenze für vertragliche Vereinbarungen nicht bewirken können(119).

Mithin ist es erforderlich, die für die objektive Sittenwidrigkeit relevanten Ansatzpunkte herauszuarbeiten und auf Abfindungsklauseln konkreten Inhalts zu übertragen.

114) BGH NJW 80,2408; 51,397; RGZ 150,3; RGZ 120,148; RGZ 98,79; Erman-Brox, § 138,38; Flume, Rechtsgeschäft, S.368,372; Jauernig-Schlechtriem, § 138,3 c; Palandt-Heinrichs, § 138,1 c; Schricker, S.68 ff; Ulmer, NJW 79,81 (82) m.w.N. Fn.12.

115) BGH NJW 80,2408; RGZ 97,253 (255); 161,233; Erman-Brox, § 138,36; Jauernig-Schlechtriem, § 138,3 c; Larenz, AT, S.392; Medicus, AT, Rz 690; Palandt-Heinrichs, § 138,1 c.

116) BGHZ 50,70; 20,52; 10,228 (232,233); BGH WPM 66,496 für einseitigen Sittenverstoß; ebenso Heckelmann, S.109; ein Teil der Lehre sieht von einem subjektiven Erfordernis auch hier völlig ab, Soergel-Hefermehl, § 138, 25; weitere Nachweise bei Heckelmann, S.109, Fn.49 m.w.N.; vergl. auch Rechtsprechung BGH BB 53,695; BGH NJW 51,397; RGZ 150,5.

117) Medicus, AT, Rz 688.

118) Flume, Rechtsgeschäft, S.372; Larenz, AT, S.396; Ulmer, NJW 79,81 (82).

119) Etwa wenn bestimmte, üblicherweise bekannte Umstände einer Vertragspartei ohne Verschulden unbekannt geblieben sind.

aa. Leistungsäquivalenz

Ein Gesichtspunkt könnte die Beziehung zwischen Leistung und Gegenleistung sein.

Sofern hier ein grobes oder auffälliges Mißverhältnis bestünde, könnte § 138 I BGB in der Fallgruppe des "wucher-ähnlichen Rechtsgeschäfts" verletzt sein.

Somit ist die Gleichwertigkeit beider Vertragsleistungen näher zu untersuchen.

Im Falle eines Abfindungsausschlusses ist nach dem zuvor Gesagten wirtschaftlich die Leistung in dem Risiko zu sehen, den Gesellschaftsanteil ohne Gegenleistung zu verlieren. Hierfür wird aber die Chance eingeräumt, den fremden Geschäftsanteil ohne Schmälerung des Gesellschaftsvermögens zu erwerben.

Das Äquivalenzgefüge könnte bei dieser Konstellation möglicherweise deshalb gestört sein, weil sich stets entweder nur das Risiko oder nur die Chance realisieren kann, es somit also entweder an einer Leistung oder an einer Gegenleistung vollständig fehlt.

Allerdings trägt dieses Verständnis den tatsächlich vereinbarten Vertragsleistungen nicht ausreichend Rechnung. Die Absprache sieht nur vor, daß eine Chance eingeräumt wird gegen Akzeptieren eines Risikos. Geschuldet ist demnach gerade nicht deren Verwirklichung, sondern nur das wechselseitige Unterwerfen unter das gleiche Risiko. Die einseitige Realisierung erschüttert die grundsätzlich bestehende Äquivalenzvermutung daher nicht.

Problematischer ist jedoch die Tatsache, daß sich der bei Realisation der Chance gewonnene Vermögensvorteil wegen der gesellschaftlichen Bindung nur schwer verwirklichen läßt, während im Falle des Ausscheidens das über-

nommene Risiko direkt zu einem Vermögensverlust führt. Dies gilt besonders deshalb, weil der gewinnende Gesellschafter bei Austritt aus einer mehrgliedrigen Gesellschaft regelmäßig ebenfalls einer Abfindungsabsprache unterliegt(120) und daher den in dem gewonnen Anteil liegenden Vermögenswert grundsätzlich nicht erhalten wird, sofern die Beteiligung nicht veräußerbar gestellt ist.

Allerdings wird sich dieser Vermögenswert stets dann realisieren, wenn zuletzt nur noch ein Gesellschafter in der Gesellschaft verbleibt. Insoweit könnte man auch schon an dieser Stelle der Ansicht sein, daß sich bei einer mehrgliedrigen OHG nur das Risiko und die Chance erhöht, nicht aber, daß die Realisierung grundsätzlich ausgeschlossen ist.

Diese Betrachtungsweise geht aber an den wirtschaftlichen Gegebenheiten vorbei. Durch Nachfolgeklauseln ist regelmäßig ein unbeschränkter Gesellschaftsbestand gewährleistet, und es ist eher die Ausnahme, daß sich die Anteile bei solchen Fallkonstellationen in einer Hand vereinen.

Jedoch ist von der Anteilshöhe nicht nur der fiktive Prozentsatz des Gesellschaftsvermögens abhängig, sondern in der Regel auch die Gewinnverteilung(121).

Die Chance realisiert sich für den gewinnenden Teil also in der entsprechend erhöhten Beteiligung am Jahresgewinn(122). Darüberhinaus muß auch die Aussicht, den wirtschaftlichen Fortbestand der Gesellschaft im Ausscheidungsfall zu gewährleisten(123), in das Äquivalenzgefüge einbezogen werden.

120) Es wird im Grundsatz von wechselseitigen Absprachen ausgegangen.

121) Hueck, Gleichbehandlung, S.38,39; Cruwell, S.36 ff. 122) BGHZ 22,180 (194); BGH WM 71,1338; BGH DNotZ 66,620; BFH BStBl.53III,199; RFH RSt BI 39,495 ff; RFH 38,81; ablehnend Goroncy, S.138; Heckelmann, S.79 ff; Huber, S.466; Schmidt, Fam RZ 74,518 (519).

123) RFH 24.142 (144); Goroncy S.139

Daher ist also weder von einem großen noch von einem auffälligen Mißverhältnis auszugehen.

Weiter stellt sich aber das Problem, daß bei unterschiedlich hohen Gesellschaftsanteilen Chance und Risiko gerade disproportional verteilt sind. Geht man beispielsweise von einer zweigliedrigen Handelsgesellschaft aus, in der ein Gesellschafter eine Beteiligung von 90 % und der andere von 10% hat, so zeigt sich, daß derjenige, der viel riskiert - bei einem Abfindungsausschluß also den Gegenwert für seinen Anteil von 90% - nur 10% erhalten kann, während derjenige, der gerade wenig einsetzt die hohe Beteiligung gewinnen kann. Es widerspricht aber jeder Äquivalenzvermutung, wenn sich die Chance immer um so viel erhöht, wie sich das eigene Risiko verkleinert.

Diese Überlegungen tragen jedoch dem Prinzip des Chancekaufs nicht ausreichend Rechnung. Denn hierbei kommt es nicht nur auf die Höhe des möglichen Gewinns an, sondern auch auf die Wahrscheinlichkeit, in den Genuß der Vergünstigung zu gelangen. Insoweit bleibt die Möglichkeit, mit großer Wahrscheinlichkeit die Vorteile eines kleinen Beteiligungswertes zu erhalten, wertmäßig nicht hinter der geringen Chance auf einen hohen Vermögenswert zurück.

In dem zuvor geschilderten Fall ist der 90% haltende Gesellschafter regelmäßig in der erheblich besseren Ausgangslage. Geht man von den heute üblicherweise vereinbarten (124) Abstimmungsklauseln aus, die zum Großteil entgegen § 119 II HGB auf die Höhe der Kapitalbeteiligung (125) oder einen Gewinn- und Verlustschlüssel (126) abstellen, und unterstellt man weiter eine Eintrittsmöglichkeit des oder der Erben, so kann der wertmäßig überlegene Gesellschafter die Firmenpolitik festlegen und die meisten Streitpunkte für sich entscheiden. Von einer etwa vereinbarten Aus-

124) Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 119,2 C.

125) Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 120,3 A.

126) Baumbach-Duden-Hopt, HGB; § 121.1 D; 120,3 Bb,c; Hueck, Gleichbehandlung, S.38,39; Hueck, OHG, S.176.

schließungsklausel ist er erst recht nicht bedroht. Seine Chance, die 10% des anderen Gesellschafters zu erwerben, ist insoweit genau um die Differenz der beiden Anteile höher, was sich aber mit der zuvorgeschilderten Ungleichheit hinsichtlich der wertmäßigen Höhe ausgleicht. Es gilt vielmehr auch hier der Satz, daß die höhere Unsicherheit durch einen proportional größeren Gewinn aufgehoben wird.

Mithin liegt ein Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht vor.

Das wird regelmäßig sogar dann gelten, wenn sich nur ein oder ein Teil der Gesellschafter einer regelnden Abfindungsabsprache unterworfen hat. Denn üblicherweise bestehen für den oder diese Gesellschafter andere Vorteile wie etwa erhöhte Entnahmerechte(127) oder eine verringerte Einlageverpflichtung, sodaß dem "Verzicht" auf die Abfindung ein anderes Äquivalent gegenübersteht(128). Da ohne Vorliegen besonderer Umstände ein Gesellschafter nur selten eine günstige Rechtsposition aufgeben wird, muß man davon ausgehen, daß sich auch in solchen Fällen die ungleichmäßige Abfindungsabsprache "aus dem Gesamtverhältnis von Leistung und Gegenleistung"(129) ergibt.

Aus alledem folgt, daß sich aus der Fallgruppe des "wucherähnlichen Rechtsgeschäfts" eine generelle Vereinbarungsgrenze für Abfindungsabsprachen nicht herleiten läßt.

bb. Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit

Auch wenn das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung nicht sittenwidrig ist, könnte es erforderlich sein, den Gesellschafter vor Preisgabe außerordentlich wichtiger Rechtspositionen zu schützen. Das ist namentlich im Falle

127) Heckelmann, S.113.

128) Lubitz, S.165 .

129) Westermann, Rz 446.

einer übermäßigen Beschränkung der wirtschaftlichen, beruflichen oder persönlichen Entscheidungsfreiheit eines Vertragsbeteiligten nötig(130), wenn er sich dadurch in eine starke Abhängigkeit zur anderen Vertragsseite be-
gibt(131). Denn neben dem Grundsatz der Vertragsfreiheit gehört auch die Aktions- und Entfaltungsmöglichkeit zum wirtschaftlichen Leben(132).

Im Rahmen des § 138 I BGB werden diese Konstellationen in der Fallgruppe der "Knebelungsverträge" zusammengefaßt. Die Rechtssprechung(133) und ein Teil der Literatur(134) sehen den schutzwürdigen Inhalt dieser Aktions- und Entfaltungsfreiheit bei einem Abfindungsausschluß in der Regel dann als gefährdet an, wenn die Einräumung der Gesellschafterstellung gegen Entgelt(135) erfolgte, wobei in der Rechtssprechung häufig offenbleibt, ob diese wirtschaftliche Einengung einen Verstoß gegen die Kündigungsvorschriften oder gegen § 138 I BGB darstellt.

130) Larenz, AT, S.383.

131) Heckelmann, S.111.

132) Enneccerus- Nipperdey II, S.1171; Flume, Rechtsgeschäft, S.371; d.w. die Rechtssprechung des BGH und RG zu verschiedenen Themenkreisen, etwa BGH WM 69,1255; BGHZ 19,12 (18); RGZ 147,344 (347) m.w.N.; vergl. auch Heckelmann, S.111 Fn.61-64; Larenz, JJB 7,98 (100 ff); Lehmann-Hübner, S.201.

133) BGH NJW 79,104; 73,1606 (1607); BGH BB 62,465; RGZ 146,182.

134) Esch, NJW 79,1390 ff; Flume, NJW 79,902 (903); Hueck, OHG, S.435 Fn.4; Schilling, ZGR 79,419; Schwandt, S.122; Ulmer in Großkomm.HGB, § 132,34; ders. in M K, § 738,32; ders. NJW 79,104; Westermann, Rz 449,634; Westermann, Typengesetzlichkeit, S.246.

135) Soweit sie unentgeltlich eingeräumt oder durch Erbgang erworben wurde, wird in der Regel eine höhere Schwelle für das Eingreifen einer Sittenwidrigkeit zugelassen; BGHZ 34,80; Schwandt, S.122; Zimmermann, BB 69,965 (971), vergl. hierzu Heckelmann, S.104,105 m.w.N. Fn.19; BGH JR 68,300 (301); BGH BB 62,465.

aaa. Buchwertklauseln

Umstritten(136) ist auch - wieder - die Zulässigkeit von Buchwertabfindungen, soweit diese nur einen Bruchteil des tatsächlichen Wertes repräsentieren oder aber den wahren Wert erheblich überschreiten.

Einem Teil des Schrifttums(137) und der früheren Rechtsprechung(138) zufolge waren Buchwertklauseln stets zulässig, dann aber wurden sie wegen der hohen Wertsteigerung ab Beginn der 60iger Jahre nicht mehr in jedem Fall als ausreichend angesehen(139).

Der Hauptteil der hierfürrelevanten Rechtsprechung und Literatur befaßt sich allerdings mit der Frage des Zusammenhangs von Abfindungs- und Ausschlußvereinbarung, wobei der BGH jedoch gerade eine wechselseitige Abhängigkeit ablehnt und entweder nur die eine oder die andere Klausel auf ihre Zulässigkeit hin untersucht (139 a).

Daher können die in seinen Entscheidungen gewonnenen Bewertungskriterien auch für eine isolierte Prüfung von

136) BGH NJW 73,651 (652) sieht 1/5 des wahren Wertes als zu niedrig an, Werner-Jung, DB 82,1503,1504 verlangen eine Wertdifferenz von 100%; vergl. hierzu insbes. auch die umgekehrte neuere Diskussion (Buchwert höher als tatsächlicher Wert) Hennerkes - Binz, DB 83,2669ff; Rasner, NJW 83, 2905ff; Sieben-Lutz, DB 83, 1989ff.

137) Hennerkes-Binz, NJW 83,73; Kreutz, ZGR 83,109 (122); Rasner, NJW 83,2905(2910).

138) BGHZ 34,80; BGH WM 62,462; 68,532; RGZ Ak DR 1938,818 ff.

139) BGHZ 68,212 (215); BGH WM 80,1368; BGH NJW 79, 104; BGH NJW 73, 651 läßt Buchwertklauseln zu; Von einem denkbaren Verstoß gehen aus: Esch, NJW 79,1390; Flume, NJW 79,902 ff; Huber, ZGR 80,177 (204); Hirtz, BB 81,716; Schilling, ZGR 79,419; Ulmer, NJW 79,82 (84); ders. im M K. § 738,32, der jedoch besonders auf die Kombinationen von Ausschluß und Abfindung abstellt und sonst Buchwertklauseln grundsätzlich für zulässig erachtet. Werner-Jung DB 82, 1503 (1504); vergl auch Hennerkes-Binz, NJW 83,73 (74) m.w.N.

139a) BGH NJW 73, 65, (652); BGH JR 74,24; Annahme einer unmittelbaren Auswirkung BGH NJW 79,104.

Abfindungsvereinbarungen herangezogen werden, wobei auf den Einfluß von Ausschlußklauseln an späterer Stelle eingegangen werden wird, (139 b).

Durch die Rezession der letzten Jahre hat sich diese Diskussion inzwischen auch auf den umgekehrten Fall erweitert, in dem der ausscheidende Gesellschafter bei Berechnung seiner Abfindung nach dem Buchwert ein "Mehr" gegenüber dem tatsächlichen Wert erhält und dadurch dem regelmäßig angeschlagenen Unternehmen zusätzlich Mittel entzieht(140).

Es ist also zu fragen, ob bereits eine Abfindungsvereinbarung zum Buchwert, der nicht dem wahren Wert entspricht, die wirtschaftliche Freiheit des betroffenen Gesellschafters bzw. der Gesellschaft in unverhältnismäßig starkem Maße einschränkt.

Als Bewertungskriterien dienen hierzu auf der einen Seite das Prinzip der Vertragsfreiheit und das Interesse der Gesellschaft an solchen Klauseln, auf der anderen die Frage nach dem Schutzbedürfnis des unterzeichnenden Gesellschafters und seiner wirtschaftlichen Interessen (141), sofern der Buchwert den wahren Wert unterschreitet. Liegt er hingegen über dem tatsächlichen Wert, so vertauschen sich nur die auf die jeweilige Seite entfallenden Bewertungskriterien. Mithin reicht es aus, eine der beiden Fallkonstellationen zu untersuchen.

Da sich die wesentliche Diskussion bislang mit einem Unterschreiten des wahren Wertes gegenüber dem Buchwert befaßt, soll im folgenden auch von dieser Variante ausgegangen werden.

Aus der Notwendigkeit einer Interessenabwägung ergibt

139 b) vergl. S 108 ff

140) Hennerkes-Binz, DB 83, 2669ff; Schneider, Anmerkung zu BGH JZ 82/766, JZ 82,768 (769)

141) Flume, Rechtsgeschäft, S.371; Jauernig, §138,3 d aa; Larenz, AT, S.399,400.

sich, daß allein der Satz "volenti non fit iniuria" eine Anwendung des § 138 I BGB nicht ausschließt. Vielmehr ist zu prüfen, ob der verzichtende Gesellschafter sich bei Vertragsschluß über die Konsequenzen völlig im klaren war und ob ein Verzicht auf die dadurch gefährdete wirtschaftliche Unabhängigkeit überhaupt zulässig ist.

Der pers. haftende Gesellschafter wird mit Abschluss des Vertrages Kaufmann(142). Es soll hier ausdrücklich offenbleiben, ob der Abschluß des Gesellschaftsvertrages selbst als Handelsgeschäft gilt(143) oder nicht(144), da der Streit für die hier relevante Frage nicht entscheidend ist. Denn auch Vorbereitungsgeschäfte, z.B. der Erwerb eines kaufmännischen Unternehmens(145), unterfallen in ihren Bewertungskriterien den §§ 343 HGB(146), so daß diese jedenfalls auch hier als Bewertungsmaßstab in Betracht kommen. Denn an sich darf es keinen Unterschied machen, ob etwas durch Gesellschaftsbeschluß(147) oder unmittelbar im Gesellschaftsvertrag geregelt wird.

Das Handelsrecht zielt aber weniger auf den Schutz des Schwachen ab(148), wie sich z.B. aus dem Verweis auf die Handelsbräuche ergibt, die dem Prinzip der Rechtssicherheit den Vorrang geben. Der Handelsverkehr verlangt mehr Selbstbehauptung, sodaß eine sittenwidrige Knebelung hier seltener anzunehmen ist(149).

Daher wäre es zur Bejahung des Knebelungstatbestandes

142) BGHZ 45,284; 34,293; BGH BB 68,1053; Ballerstedt, Jus 63,253 (259); Düringer-Hachenburg, § 1,6; § 6,8; Müller-Erzbach, S.186; a.A. Lieb, DB 67,759; Zöllner, DB 64,795; vergl. im einzelnen Hueck, OHG, S.28,29 Fn.8.

143) BGH NJW 79,2102; RG JW 1908,206; ausführlich hierzu Hueck, OHG, S.30 Fn.9.

144) Düringer-Hachenburg § 105,13; Fischer in Großkomm. HGB § 105,60 m.w.N.; Schlegelberger-Hefermehl, HGB, § 343,17.

145) Hueck, OHG, S.30 Fn.9.

146) RG JW 1908,206; RG JW 1938,3048; Flad-Gadow, § 343 Anm.10, 20 m.w.N.

147) Dann jedenfalls Handelsgeschäft, Hueck, S.31 Fn.9 unten, S.32 oben.

148) Baumbach-Duden-Hopt, HGB, Einl. v. § 1 I 1 C a.

149) BGHZ 5,135

erforderlich, daß die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit in erheblichem Umfang eingeschränkt wird.

Diese Grenze dürfte unter den zuvor ermittelten Prämissen bei einer Buchwertklausel nicht erreicht sein(150).

Die Sittenwidrigkeit muß im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegen(151). Wird eine Abfindungsklausel zum Buchwert mit Gesellschaftsgründung vereinbart, dann wird die Diskrepanz zwischen diesem und dem tatsächlich vorhandenen Wert in der Regel außerordentlich gering oder sogar überhaupt nicht vorhanden sein(152).

Obwohl auch die mit großer Wahrscheinlichkeit zu erwartende zukünftige Situation - etwa künftiger Anstieg der stillen Reserven und des Firmenwertes - bei Vertragsabschluß eine Berücksichtigung erfahren muß, reicht doch die bloße, nicht weiter konkretisierte Erwartung einer Wertsteigerung nicht aus, um einen Sittenverstoß zu begründen(153). Um mehr kann es sich aber wegen der stets unbekannten wirtschaftlichen Entwicklung nicht handeln(154).

Da somit die Vereinbarung einer Abfindung zum Buchwert bei isolierter Betrachtung nicht gegen § 138 I BGB verstößt, ist weiter zu fragen, ob überhaupt eine Schranke besteht und wo diese Grenze zu ziehen ist.

150) Erman, FS. f. Westermann, S.75 ff; Esch, NJW 79,1390; Hennerkes-Binz, NJW 83,73 (80); Knöchlein, DNotZ 60,452; Möhring, FS f. Barz, S.49 ff; Ulmer, NJW 79,81 (82) m.w.N.; Ulmer, in M K , § 738,32; ders. in Großkomm., HGB, § 138,103; a.A. Reuter, S.299; Schlegelberger-Gebler, § 138 Rz.26 ff.

151) Vgl. S. 70 ; BGH WM 77,399; Larenz, AT, S.410; kritisch S.411 ff; Soergel-Hefermehl, § 138 Rz.28,30; Ulmer, NJW 79,81 (82); ders. in M K . § 738,32.

152) Ulmer, NJW 79,81 (82); ders. in M K . § 738,32.

153) Esch, NJW 79,1390; Glunz, S.221; Heckelmann, S.104; Hennerkes-Binz, NJW 83,73 (80); Möhring, FS für Barz, S.49 ff; Schwandt, S.84 ff; Ulmer, NJW 79,81 (83).

154) a.A., Werner-Jung, DB 82,1503 (1504), jedoch ohne Begründung.

bbb. Abfindungsausschluß

Ein Teil der Literatur(155) lehnt eine übermäßige wirtschaftliche Beeinträchtigung des einzelnen Gesellschafters selbst für den Fall eines völligen Abfindungsausschlusses ab, weil diesem für die Zeit seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft seine Anteilsrechte verbleiben und er auch bei der Gesellschaftsliquidation berücksichtigt wird.

Dieser Argumentation ist zwar insoweit zuzustimmen, als die gesellschaftsrechtliche Beteiligung selbst nicht de iure eingeschränkt wird. Denn dem Gesellschafter bleiben alle Rechte erhalten, die in die Zeit seiner Gesellschaftsangehörigkeit fallen. Geregelt wird "nur" die Aufgabe einer Vermögensposition, die aber als Einzelposten die wirtschaftliche Entfaltung nicht im Übermaß einschränken muß, zumal ein äquivalenter(156) Gegenwert geleistet wird.

Andererseits darf aber nicht verkannt werden, daß der auf eine Abfindung verzichtende Gesellschafter seine Handlungen so abstimmen wird, daß er die Gesellschaft nicht verläßt oder verlassen muß. Auch wenn dies nicht als eine Vereitelung des Kündigungsrechtes angesehen werden kann (157), so ist hierdurch doch eine de facto-Einschränkung des wirtschaftlichen Freiraumes gegeben. Das Abfindungsgut haben stellt in der Regel einen Aggregatzustand(158) der Gesellschaftsbeteiligung dar, der im Ausscheidungsfall aktiviert werden kann und so einen durch das Ausscheiden bedingten Verlust verhindert. Fehlt dieser Ausgleich, so ist auch für die Zeit der Gesellschafterstellung die Drohung dieser Vermögenseinbuße taugliches Mittel, den Betätigungsspielraum einzuengen.

Inwieweit diese Beeinträchtigung den Rahmen des Zulässigen

155) Erman, FS f. Westermann, S.75 ff; Glunz, S.221 ff; Heckelmann, S.115; Schwandt, S.84 ff.

156) vergl. S.73ff.

157) vergl. S.55ff.

158) Wiedemann, ZGR 80,153.

sprengt, ist nach dem Vorstehenden im Wege einer Interessenabwägung festzustellen. Dabei dürfen auch rechts-ethische Gesichtspunkte berücksichtigt werden(159), sofern eine klare Grenzziehung ansonsten nicht möglich ist.

Allein das Argument der Vereinbarungsfreiheit der Gesellschafter(160) ergibt eine unbeschränkte Zulässigkeit nicht(161). Vielmehr ist darauf abzustellen, ob im Einzelfall das Kapital- und Bestandschutzinteresse der Gesellschaft überwiegt und eine solche Klausel zwingend erforderlich ist mit der Folge, daß zumindest dann (162) von einer Sittenwidrigkeit nicht auszugehen ist.

Hieraus ist andererseits aber nicht abzuleiten, daß ein Abfindungsausschluß ansonsten stets unzulässig ist. Vielmehr darf man dieses Ergebnis nur so verstehen, daß im Falle besonderer, für die Gesellschaft sprechende Umstände keinesfalls von einem Sittenverstoß auszugehen ist, während die verbleibenden Fälle einer weiteren Klärung bedürfen.

Hierbei könnte nach der Art der Gesellschafterstellung und dem Anwendungsgebiet der Klausel zu unterscheiden sein.

Nach fast einhelliger Meinung wird der vollständige Abfindungsausschluß für das Ausscheiden durch Tod zugelassen(163), was hier wegen der thematischen Eingrenzung keine weitere Vertiefung erfahren soll. Zuzustimmen ist dem schon deshalb, weil der Abfindungsausschluß auf die

159) Hennerkes-Binz, NJW 83,73 (76); Werner-Jung, DB 82, 1503 (1504); Wiedemann, FS für Fischer, S.897.

160) Esch, NJW 79,1392 ff; Hirtz, BB 81,762.

161) Fischer, ZGR 79,263; Knöchlein, DNotZ 60,452 (455); Schlegelberger-Geßler, § 138,27; Ulmer in Großkomm.HGB, § 138,119, § 132,134; Westermann, Rz 449(162) weitergehend nur Heckelmann, S.112, der eine Sittenwidrigkeit für diese Fälle generell verneint.

163) BGHZ 22,186 (194); BGH BB 62,465; RGZ 171,345 (350); Buchwald, JR 55,173; Haehling v. Lanzenauer, S.190 ff; Heckelmann, S.105 m.w.N.; Huber, Vermögensanteil, S.462 ff; Lampe, S.197; Schlegelberger-Geßler, HGB, § 138,27; Ulmer in Großkomm.HGB, § 138,120 m.w.N.; ders. in M K § 738,41 m.w.N.; Zimmermann, BB 69,965.

Handlungen des einzelnen Gesellschafters keine Auswirkungen haben kann, da die Verwirklichung des Vermögensanteils nicht auf Grund eines willengesteuerten Verhaltens eintritt, sondern allein von einem sicheren, zukünftigen Ereignis abhängt welches auch durch konformes Verhalten nicht herausgeschoben werden kann. Insoweit macht es keinen Unterschied, ob man auf den Gesellschafter oder seine Erben abstellt.

Neben diesem Sonderfall wird häufig weiter unterschieden, ob die Gesellschafterstellung entgeltlich oder unentgeltlich erworben wurde, wie etwa durch Schenkung(164). Diese Differenzierung ist im Rahmen einer Prüfung gem. § 138 I BGB aber nur dann gerechtfertigt, wenn die Ausgestaltung des Grundgeschäftes zwangsläufig Einfluß auf die später eingeräumte Gesellschafterstellung haben kann. Denn im Gegensatz zu der in Zusammenhang mit der Rechtsfigur des "Gesellschafters minderen Rechts" auftretenden Problematik einer unterschiedlichen Behandlung des entgeltlichen oder unentgeltlichen "Erwerbs" handelt es sich hier um die Frage, ab welcher potentiellen Verlustschwelle die wirtschaftliche Entfaltungsmöglichkeit eingeschränkt wird, was sich aber nur für die bereits eingeräumte Gesellschafterstellung beantworten läßt. Rückblickend betrachtet bleibt aber auch subjektiv für den Gesellschafter die schenkungsweise Zuwendung qualitativ nicht hinter der entgeltlichen zurück, da das einmal Geschenke beim Beschenkten einen Wert verkörpert, der dem übrigen Vermögen gleichartig ist (165). Das dem Erwerb der Gesellschafterstellung zugrunde liegende Rechtsgeschäft kann daher grundsätzlich keine Auswirkungen auf die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des betroffenen Gesellschafters haben (166).

Eine andere Betrachtungsweise ist jedoch dann geboten, wenn das Grundgeschäft selbst von bestimmten Umständen ab-

164) BGHZ 34,80; BGH WM 68,532, Schwandt, S.122; Schlegelberger-Geßler, § 140,20 : oder Erbschaft (BGH BB 62,465; Schlegelberger-Geßler, § 149,20).
 165) Huber, ZGR 1980,177 (206).
 166) Huber, ZGR 80,177 (205); Ulmer, NJW 79,81 (83,84); differenzierend Nitschke, S.341.

hängig gemacht wird, da in diesem Fall die Einräumung der Gesellschafterstellung selbst bedingt ist(167) und bei Eintritt oder Nichteintritt dieser Bedingung der betroffenen Gesellschafter mit bestimmten Konsequenzen belastet (168), etwa beim Gesellschafter auf Probe. Dieser Fall kann aber im Rahmen der vorliegenden Arbeit unberücksichtigt bleiben, da hierbei nicht die Abfindung auf Grund des Gesellschaftsvertrages in Frage steht, sondern eine möglicherweise zusammen mit der Bedingung vereinbarte Rückabwicklung, die sich aus dem Grundgeschäft ergibt.

Da sich somit die Zulässigkeit eines Abfindungsausschlusses nicht an der Entgeltlichkeit des Anteilserwerbs orientiert, verbleibt die Frage, wie weit der Gesellschafter geschützt werden muß, wenn er sich willentlich einer bestimmten Vermögensposition begibt, was eine spätere wirtschaftliche Einengung der Entfaltungsmöglichkeit bewirken kann.

Ohne Verbindung mit einer Ausschlußklausel(169) kann der geschützte wirtschaftliche Freiraum des einzelnen Gesellschafters nur im Falle einer ordentlichen Kündigung betroffen sein. Denn ein Schutz, Handlungen vorzunehmen die ein außerordentliches Kündigungsrecht der übrigen Gesellschafter begründen, besteht schon wegen der sozialen Unzulässigkeit (170) solchen Tuns in der Regel nicht.

Daraus aber ergibt sich, daß die Abfindungsvereinbarung keine Wirkung auf den verzichtenden Gesellschafter hat, soweit er nicht selbst eine Lösung von der Gesellschaft sucht(171). Denn bei Auflösung der Gesellschaft hat die Abfindungsvereinbarung keine Auswirkung, und ein Heraus-

167) In solchen Fällen handelt es sich nicht um ein Ausscheiden durch Kündigung oder andere gesellschaftliche Ausschlußmöglichkeiten, sondern die Hingabe der Gesellschaftersposition wird rückabgewickelt (etwa bei einer auflösenden Bedingung).

168) Hennerkes-Binz, NJW 1983,73

(79) mit Fn.51; vgl. auch §§ 158 I, II, 163 BGB.

169) Auf eine Kombination wird auf S.113 ff eingegangen werden

170) Baumbach-Duden-Hopt, HGB, §133,3

171) Auf die Gläubigerkündigung wird später eingegangen werden, vergl. S 91 ff.

kündigen ist ohne eine weitere Vereinbarung nur im Falle außerordentlicher Umstände möglich.

Somit kann sich der möglicherweise geschützte Bereich nur auf das Recht zur eigenen " w i r t s c h a f t - l i c h e n " Lösungsmöglichkeit beziehen.

Da die Kündigungsvorschriften des BGB und HGB die p e r - s ö n l i c h e Bindungsfreiheit betreffen, können die dazu ermittelten Ergebnisse(172) nicht auf die hier anstehende Frage übertragen werden. Vielmehr ist neben den §§ 723 BGB, 132, 133 HGB als spezielle Ausprägungen der Moral und Ethikvorstellung eine Prüfung des § 138 I BGB nur deshalb möglich, weil dieser Bereich gerade nicht erfaßt wird.

Ob allerdings eine unverhältnismäßige, wirtschaftliche Beeinträchtigung darin gesehen werden kann, daß der einzelne Gesellschafter im Falle einer von ihm gewünschten Kündigung keinen "vollen" wirtschaftlichen Ausgleich erhält, erscheint überaus fraglich.

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit wiegt schwer(173). Prinzipiell ist es jedem gestattet, sogar sein ganzes gegenwärtiges Vermögen zu übertragen, wie sich aus §§ 311, 419 BGB ergibt(174). Daraus folgt, daß in der Regel allein die Möglichkeit wirtschaftlicher Einbußen die Betätigungsfreiheit nicht unzulässig einschränkt.

Des weiteren ist festzustellen, daß die haftenden Gesellschafter Kaufleute sind(175), die auch ansonsten sehr strengen

172) vergl. S.48ff.

173) Esch, NJW 79,1392 ff; Hirtz, BB 81,762.

174) Auf die Verbotsnorm des § 310 BGB braucht hier schon deswegen nicht weiter eingegangen werden, da in einer Abfindungsvereinbarung regelmäßig keine Absprache über das Vermögen als Ganzes liegt (RGZ 69,285); vgl. S.42 ff. Eine Kollision mit § 138,1 steht in diesem Falle als nicht zu befürchten.

175) vergl. S.80.

Regelungen unterliegen. Die Notwendigkeit, sie zu schützen, wird wegen ihres aktiven Beitrages und der damit verbundenen Gestaltung des Wirtschaftslebens als gering angesehen. Der zukünftige Gesellschafter, der einen Abfindungserlaß unterschreibt, weiß in der Regel, was er tut. Willentlich begibt er sich einer vermögenswerten Position und unterwirft sich dadurch einer gewissen wirtschaftlichen Einschränkung. Bei wechselseitigen Absprachen kann diese Beschränkung zudem ein allseitiges Mittel sein, den Kapital- und Bestandsschutz der Gesellschaft zu gewährleisten. Erst wenn dies als Schutz nicht ausreicht, tritt an dessen Stelle die Realisierung des Vermögensnachteiles. Da aber in diesem Zusammenhang nicht einmal die wirtschaftlichen Einbußen selbst durch § 138 I BGB verboten sind, unterfällt auch die einer solchen qualitativ vorgelagerte Beschränkung nicht dem Begriff der Sittenwidrigkeit. Das gilt hier um so mehr, da Risiko und Chance als gleichwertig anzusehen sind(176).

Demnach ist in der Regel selbst in einem völligen Abfindungsausschluß ein Verstoß gegen den Knebelungsstatbestand des § 138 I BGB nicht zu erkennen(177).

Allerdings kann im Einzelfall eine andere Bewertung geboten sein, etwa wenn der unterzeichnende Gesellschafter sich über die Konsequenz seines rechtlichen Handelns nicht

176) vergl. S. 73ff.

177) RGZ AKDR 38,818; Esch, NJW 79,1392; Flume, NJW 79,902, soweit Gesellschafter minderen Rechts; Glunz, S.222; Heckelmann, S.105 ff, 115; Huber, ZGR 80,211; Kreutz, ZGR 83,109 (112 ff); Schwandt, S.84; a.A. überwiegendes Schrifttum und Rspr., z.B. BGHZ 68,212; Fischer, ZGR 79,263 ff; Knöchlein, DNotZ 60,455; Michalski, S.299; Schlegelberger-Geßler, § 138,27; Schmidt, Fam RZ 74,518; Staudinger-Keßler, § 737,10; Ulmer in Großkomm.HGB, § 138,119; ders. NJW 79,81 (82); ders. in M K, § 738,40; Wiedemann, ZGR 80,147 (150 ff); vergl. hierzu aber auch die neuere Diskussion, ob es sich um eine Vertrags- oder Ausübungskontrolle handelt, wobei die zweite grundsätzlich von einem gültigen Vertrag ausgeht, sodaß ein Verstoß gegen § 138 BGB durch den Vertrag nicht vorliegen kann, Hirtz, BB 81,761 (762); Möhring, FS f. Barz, S.49 (53 ff); Krämer, NJW 81,2553(2555); Reuter, AcP 181, 1 (12); ders. S.287; Schilling, ZGR 79,419 (423).

hinreichend im klaren war, z.B. im Falle von Massen-KG's, die rein kapitalistische Beteiligungen als Anlagewerte anbieten. Ein Verstoß gegen § 138 BGB ist auch dann zu bejahen, wenn die Abfindungsvereinbarungen nur geschlossen worden sind, um unentgeltlich in den Genuß des "gegnerischen" Anteils zu gelangen. Denn diese Intention wäre mit dem Gedanken des gesellschaftlichen Miteinanders unvereinbar(178). Gleiches gilt erst recht, wenn die Mehrzahl der Gesellschafter zusammenwirkt und solche Klauseln vereinbart, nur um die wirtschaftliche Beteiligung eines bestimmten anderen unentgeltlich zu erhalten.

3. Gläubigerbenachteiligung

Soweit sich daher eine Sittenwidrigkeit nicht aus dem Schutzbedürfnis einer der beiden Vertragsparteien herleiten läßt, kann § 138 I BGB nur gegenüber der Allgemeinheit verletzt sein. Da es sich hierbei um eine Auswirkung auf Personen außerhalb der direkten Vertragsparteien handelt, ist ein beidseitiger Sittenverstoß erforderlich(179). Dies könnte im Falle einer Gläubigerbenachteiligung gegeben sein.

Da § 725 BGB nur die Kündigungsmöglichkeit schützt, während hier die wirtschaftliche Benachteiligung zur Prüfung ansteht, ist § 138 BGB insoweit nicht ausgeschlossen.

Des weiteren könnten aber die Vorschriften über die Absichtsanfechtung eine Anwendung des § 138 BGB verbieten, da diese den Begriff der Sittenwidrigkeit konkretisieren(180).

178) vergl. Wortlaut § 705 BGB "gemeinsamer Zweck".

179) vergl. S.69 ; BGHZ 75,18; BGH NJW 81,400.

180) Ulmer in M K § 738,34 m.w.N.

Problematisch ist dies aber deshalb, weil die "Allgemeinklausel § 138" eine härtere Rechtsfolge anordnet, was grundsätzlich gegen die Annahme eines Stufenverhältnisses spricht¹⁸¹⁾. Allerdings bedarf dieser Problemkreis im Rahmen dieser Arbeit nur dann einer weiteren Vertiefung, wenn sich der Anwendungsbereich der Absichtsanfechtung und der des § 138 I BGB in der Fallgruppe der Gläubigerbenachteiligung decken.

Die Absichtsanfechtung sanktioniert die Benachteiligungsabsicht, also den subjektiven Bereich, während § 138 BGB auf objektive und subjektive Umstände abstellt. Insoweit ist das Erfordernis eines subjektiven Tatbestandes im Rahmen des § 138 BGB nicht mit der Benachteiligungsabsicht der Anfechtungsregelung gleichzustellen, da es sich nur auf die Kenntnis der zur Sittenwidrigkeit führenden Umstände bezieht und ein Bewußtsein der Sittenwidrigkeit selbst nicht verlangt wird¹⁸²⁾.

Daraus aber ergibt sich, daß eine Überschneidung allenfalls in den Fällen möglich ist, in denen die Sittenwidrigkeit gerade auf der besonderen Intention der Parteien beruht. Da hier aber die Abfindungsvereinbarung untersucht werden soll und nicht die dahinterstehenden Motive, darf es auf diese subjektiven Elemente nicht entscheidend ankommen.

Somit kann hier nur der Bereich des § 138 I BGB relevant sein, der sich auf eine objektive Sittenwidrigkeit und die Kenntnis der hierzu führenden Umstände bezieht. Da dieser Teil aber durch die Anfechtungsregelung nicht erfaßt wird, steht einer Anwendung des § 138 BGB in der Fallgruppe der Gläubigerbenachteiligung nichts im Wege.

181) Heckelmann, S.117 ff, insbes. Fn. 87, 88, 89 m.w.N.

182) BGHZ 32,366, vergl. bereits zuvor S.72 m.w.N.

a. Allgemein wirkende Abfindungsklauseln

Soweit sich der Gesellschafter für jeden Fall des Ausscheidens einer regelnden Abfindungsvereinbarung unterwirft, steht ihm außer im Falle der Liquidation nur ein verringertes Recht zu. Daher kann sich eine solche Klausel auch zu Lasten seiner Privatgläubiger auswirken, wenn diese versuchen, auf das Gesellschaftervermögen zuzugreifen.

Dies allein bedingt eine Sittenwidrigkeit jedoch nicht zwingend.

Grundsätzlich kann der Privatgläubiger nur auf das Vermögen des Schuldners zugreifen. Hat dieser sich seines Abfindungsanspruches gegenüber der Gesellschaft begeben, so fehlt es an dieser Voraussetzung; denn die Vereinbarung, die generell einen Anspruch gemäß § 738 I 2 BGB verhindert, ist im Rahmen des zuvor Gesagten grundsätzlich zulässig und verstößt auch nicht per se gegen die heute geübte Moral. Da der Privat-, Pfand-, Konkurs- oder Vergleichsgläubiger aufgrund seiner Rechtstellung auf keine höhere Abfindungsforderung zugreifen kann, als seinem Schuldner selbst zusteht, ist im Regelfall ein Verstoß gegen § 138 I BGB zu verneinen(183).

Das gilt selbst dann, wenn diese allgemein konzipierte Klausel sich im Einzelfall zum Nachteil des Gläubigers auswirkt(184).

Eine andere Beurteilung ist nur dann gerechtfertigt, wenn die allgemeine Klausel vorrangig dazu geschlossen wurde, Dritte zu schädigen, wobei aber wegen der subjektiven Komponente dieser Fallgestaltung regelmäßig nicht § 138 BGB Anwendung findet, sondern das Anfechtungsrecht (vergl.

183) Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 141, A;

184) Heckelmann, S.107; Hueck, OHG, S.370,371; Schwandt, S.64; Tiedau, MDR 59,253 (255); Ziegler, S.136.

oben)(185). Im Normalfall kann aber dem Gläubiger keine bessere Rechtsstellung eingeräumt werden als dem Schuldner, zumal es an einem besonderen Vertrauenstatbestand fehlt.

b. Klauseln nur für den Fall der Gläubigerkündigung

Abfindungsvereinbarungen, die nur im Falle einer Gläubigerkündigung Wirksamkeit entfalten, können aber möglicherweise einen Verstoß gegen § 138 I BGB bewirken.

Auch hier ist eine Kollision mit der Absichtsanfechtung grundsätzlich nicht zu befürchten, da man allein aus dem Abschluß einer solchen Klausel nicht zwingend auf eine Benachteiligungsabsicht schließen muß. Selbst wenn diese tatsächlich vorläge, würde das allenfalls eine Anwendung des § 138 BGB in Bezug auf dieses subjektive Moment ausschließen(186), die objektive Sozialverträglichkeit würde dagegen weiter an der General-Klausel gemessen werden. Denn dieser Bereich ist durch die Absichtsanfechtung gerade nicht erfaßt.

Obwohl § 135 HGB durch solche Klauseln regelmäßig nicht verletzt ist, machen sie die dem Gläubiger eingeräumte Kündigungsmöglichkeit häufig wirtschaftlich sinnlos. Diese Beeinträchtigung könnte gegen die tatsächlich geübte Moral verstoßen.

185) Im Einzelfall wird hier bisweilen mit § 419 BGB geholfen werden können (Heckelmann, S.197), wobei die Vermögensübernahme entweder im Abschluß der Abfindungsvereinbarung oder aber in der Verpflichtung zur Einlageleistung liegt. Für § 419 reicht auch die Übertragung eines wesentlichen Vermögensgegenstandes aus, sofern nur noch ein unbedeutender Rest verbleibt (BGHZ 66,21; ebenso Heckelmann, S.195 Fn.61) und eine subjektive Kenntnis beim Unternehmer vorhanden ist (h.M., BGHZ 55,107). Somit ist der Gläubiger also jedenfalls dann geschützt, wenn der Gesellschafter bei Gesellschaftsvertragsabschluß (mit Abfindungsklausel) keine weiteren Vermögensobjekte besaß. 186) Sofern man ein Stufenverhältnis General-Spezialnorm bejaht, Glunz, S.199; Ulmer in M K, § 738,34.

Nach dem zuvor ermittelten Grundsatz soll der Gläubiger so auf das Schuldnervermögen zugreifen können, wie auch der Schuldner selbst darüber verfügen kann. So wie der Gläubiger keine bessere Rechtsstellung als der Schuldner innehaben kann, soll auch der Schuldner nicht bessergestellt werden als der Gläubiger.

Eine Vermögensbewertung, die nur gegenüber dem Gläubiger Bestand hat und ihn schlechterstellt, ist mit unserem Rechtssystem unvereinbar. Denn damit wäre die Möglichkeit eröffnet, Werte nur für den Fall der Pfändung oder des Konkurses aus dem Vermögen herauszunehmen, etwa durch insoweit bedingte Schenkungsverträge. Da die Verhinderung einer Rechtlosstellung des Gläubigers auch ein Prinzip unserer tatsächlich geübten Moral ist, verstoßen Abfindungsvereinbarungen, die nur den Privatgläubiger benachteiligen oder auf den Fall eines Konkurses oder eines Vergleiches hin geschlossen werden, gegen die guten Sitten im Sinne des § 138 I BGB (187).

Der Kapital- und Bestandsschutz der Gesellschaft kann in solchen Fällen schon zwangsläufig nicht in einem besonderen, diese Beeinträchtigung rechtfertigenden Maße betroffen sein. Denn die Art des Kapitalabgangs, also ob es von einem Gläubiger oder dem Gesellschafter selbst abgezogen wird, ist in diesem Zusammenhang für das Erhaltungsinteresse unbeachtlich, vielmehr wäre dies durch eine allgemein wirkende Klausel sogar besser geschützt.

187) Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 141,1 A; Fischer in GmbH-Rundschau 61,21 (25); Flume, Personengesellschaft, S.178; Heckelmann, S.106 m.w.N. Fn.31; Hinke, S.41 Fn.2; Parr, S.104; Schlegelberger-Geßler, § 138,27; Staudinger-Keßler, § 725,10; Sudhoff, Personengesellschaft, S.319; Ulmer, NJW 79,81 (83); ders. in Großkomm.HGB, § 138,119; ders. § 141,23,24; ders. in M K, § 738,34, Westermann, Rz 451; Ziegler, 167-169.

IV. Treu und Glauben

Auch wenn mit Ausnahme der nur für den Fall der Privatgläubigerkündigung geschlossenen Abfindungsvereinbarungen in der Regel eine vertragliche Grenze entgegen der h.M. bisher nicht festgestellt werden konnte, kann doch im Einzelfall ein Verstoß gegen Treu und Glauben vorliegen.

Im Rahmen dieser Prüfung soll wiederum zunächst von einer isolierten Betrachtungsweise ausgegangen werden, wobei den Buchwertklauseln eine besondere Bedeutung zukommt.

Diese könnten möglicherweise dann gegen § 242 BGB verstoßen, wenn eine "Störung der Geschäftsgrundlage"(188) vorläge, etwa weil bei Abschluß des Vertrages ein Auseinanderfallen von Buch- und tatsächlichem Wert in dem Maße nicht vorhersehbar war und die Differenz sehr beträchtlich ist. Dann wäre es für den verzichtenden Gesellschafter eventuell unzumutbar, an dem Vertrag in dieser Weise festgehalten zu werden.

1. Prinzip des Wegfalls der Geschäftsgrundlage

Im Rahmen des § 242 BGB haben sich verschiedene Fallgruppen gebildet, um eine überschaubare Anwendung dieser ansonsten uferlosen Vorschrift zu ermöglichen(189). Die hier relevante Gruppe verlangt, daß sich die bei Vertragsabschluß vorausgesetzten Gesamtumstände mit der Zeit so entschieden gewandelt haben, daß ein Festhalten an diesem Vertrag unzumutbar ist.

188) Zur Terminologie vergl. Beuthien Zweckerreichung, S.54.

189) Esser-Schmidt, S.I 1, S.267; Fikentscher, Schuldrecht AT, S.111, Larenz, Schuldrecht AT, S.121 ff; ders. Geschäftsgrundlage, S.185 m.w.N.; Palandt-Heinrichs, § 242, 1 a aa; Soergel-Knopp, § 242,81,82,84.

Im Einzelnen unterscheidet man hierbei zwischen den großen - d.h. durch Krieg, Umweltveränderung oder Wandel der Rechtsprechung hervorgerufen - und den kleinen -d.h. durch Änderung innerhalb der Parteiensphäre oder des Vertragsgegenstandes bewirkten Störungen der Geschäftsgrundlage, wobei es überaus streitig ist, welche konkreten Umstandsänderungen im Rahmen des § 242 BGB beachtlich sind.

Mit dem Argument, das BGB habe ausdrücklich auf den allgemeinen Grundsatz der *clausula rebus sic stantibus* verzichtet(190), der bis dahin im gemeinen Recht galt, wird bisweilen fast jede Veränderung als unbeachtlich abgetan(191) oder aber ein eigenständiges Rechtsinstitut geleugnet und diese Problematik im Lichte der ergänzenden Vertragsauslegung abgehandelt(192).

Dagegen lassen Teile der Literatur den Grundsatz der Äquivalenzstörung(193) dann zu, wenn sich objektiv die Umstände geändert haben(194), während andere auf subjektive und objektive Kriterien abstellen(195).

Der BGH(196) und zum Teil auch die Lehre(197) definieren die Geschäftsgrundlage als die bei Abschluß des

190) Esser-Schmidt, S I 1, S.268.

191) RGZ 99,258 (259); Flume, Rechtsgeschäft, § 26, insbes. S.501 ff; Littbarski, JZ 81,8 ff.

192) Nicklisch, BB 80,949ff.

193) Dürkes, BB 80,1615; Fikentscher, S.114; Larenz, Schuldrecht, AT, S.125,188.

194) Larenz, Geschäftsgrundlage, S.185; ders. Schuldrecht AT, S.300; Locher, AcP 121,1 (4,72); Krückmann, AcP 131,1 (67 ff); ders. AcP 128,157 (174); ders. 116,157(163,167); weitere Nachweise bei Flume, Rechtsgeschäft, S.495 Fn.9.

195) Flume, Rechtsgeschäft, S.495,496, Oertmann, S.26,37; hierzu auch, obwohl ablehnend, Larenz, Geschäftsgrundlage, S.20,142 ff; ders. Schuldrecht AT, S.127. Dieser Streit wurde in den dreißiger Jahren ausgetragen, vergl. Krückmann in AcP Fn.zuvor.

196) BGHZ 77,197; 40,335; 25,392; BGH DB 79,352; BGH NJW 76,566; RGZ 163,324; 155,133; 147,286; 141,212; 112,329; 103,332; 100,129 (130).

197) Beuthien, S.56,57; Dürkes, BB 80,1609 (1615); Erman Sirp, § 242,168; Flume, Rechtsgeschäft, S.496; Larenz, Geschäftsgrundlage, S.47,142 ff; ders. Schuldrecht AT, S.166,167,299; Jauernig -Vollkommer, § 242 V 3 c; Palandt-Heinrichs, § 242, 6 B a.

Vertrages zutage getretenen, dem anderen Teil erkennbar gewordenen und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Partei oder die gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut.

Eine andere Ansicht trennt darüber hinaus nicht zwischen subjektiven und objektiven Umständen, sondern rückt den Gesichtspunkt des enttäuschten Vertrauens in den Vordergrund (198).

Schon zuvor wurde bei der Frage der Zuwendung entscheidend auch auf den Parteiwillen abgestellt (199). Konsequenterweise muß somit auch hier der "subjektiven Formel" (200) der wohl h.M. (201) gefolgt werden, auch wenn im einzelnen die Abgrenzung zwischen Vertragsinhalt, ergänzender Vertragsauslegung und Wegfall der Geschäftsgrundlage Schwierigkeiten bereitet (202).

Da es nicht angeht, das Fehlen von Vorstellungen über später eintretende Veränderungen mit der positiven Erwartung der Fortdauer der gegenwärtigen Verhältnisse gleichzusetzen (203), ist dieser Bereich auch nicht zwangsläufig von dem Bereich der Vertragsauslegung erfaßt (204). Daher ist ein Wegfall der Geschäftsgrundlage dann zu bejahen, wenn sich die bei Abschluß des Vertrages zutage getretenen und von den Parteien erkannten Vorstellungen über gegenwärtige oder zukünftige Umstände in erheblichem Umfang von der tatsächlichen Situation entfernt und diese Veränderung nicht allein in den Risikobereich einer Partei fällt (205).

198) Fikentscher, Schuldrecht, S. 113; Geschäftsgrundlage, S. 11, 42 ff.

199) Vgl. S. 53 ff.

200) Palandt-Heinrichs, § 242, 6 B a.

201) Vgl. Fn. 196 + 197.

202) BGH WM 73, 870; BGH DB 67, 2115; BGH NJW 66, 448; BGH WM 64, 543; BGH NJW 53, 1585; RGZ 168, 127.

203) KG Berlin, JZ 63, 21.

204) Larenz, Schuldrecht, AT, S. 300 ff, jedoch für den Bereich der objektiven Geschäftsgrundlage.

205) BGHZ 74, 373 (374); BGH JZ 78, 235; Larenz, Schuldrecht AT, S. 114, 115; Jauernig-Vollkommer, § 242 V 3 d aa; Ulmer, AcP 174, 167 (182).

2. Anwendbarkeit auf Abfindungsvereinbarungen

Das Problem kompliziert sich dadurch, daß es sich um eine gesellschaftsvertragliche Regelung handelt. Zwar ist die Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage auch für das Gesellschaftsrecht zulässig(206), jedoch ist mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages die Leistung der Abfindungsregelung - nämlich die Verhinderung der Anspruchsentstehung - schon bewirkt.

Das in § 242 BGB statuierte Prinzip, daß die Leistung nicht gegen Treu und Glauben verstoßen darf, kann daher in der Regel nicht verletzt sein.

Diese Betrachtung erscheint jedoch zu formalistisch.

In § 242 BGB ist ein allgemeiner Grundsatz festgeschrieben (207).

Die Art und Weise der geschuldeten Leistung steht nicht im Vordergrund, sondern das rechtsethische Prinzip(208). Daher müssen auch die Auswirkungen der bereits erbrachten Leistungen mit Treu und Glauben vereinbar sein. Schon daraus ergibt sich, daß es sich bei dieser Frage in der Regel nicht um ein anfängliches Fehlen, sondern um den späteren Wegfall der Geschäftsgrundlage handeln muß(209). Gegenstand der gemeinsamen Fehlerwartung ist der Eintritt künftiger oder der Fortbestand gegenwärtiger Verhältnisse, ein Wegfall der Geschäftsgrundlage kann demnach nur dann vorliegen, wenn die Parteien bei Kenntnis der zukünftigen Entwicklung den Vertrag nicht oder nicht so abgeschlossen hätten.

206) BGZ 10,44 (51); RGZ 131,92 (94); Erman-Sirp, § 242,186.

207) Diederichsen-Gursky, FS f. Cassin, S.278 (297); Erman-Sirp, § 242,1,5; Larenz, Methodenlehre, S.410 ff; ders. NJW 65,1 (7); Jauernig-Vollkommer, § 242 I 1; Palandt-Heinrichs, § 242,1 a aa.

208) Larenz, NJW 65,1 (7).

209) Daher braucht hier auf den Streit, inwieweit das anfängliche Fehlen bestimmter Umstände schon durch die Vorschriften des Dissenses oder der Irrtumsanfechtung erfaßt sind (OLG Frankfurt, MDR 71,841), nicht weiter eingegangen zu werden. Vgl. hierzu auch Larenz, Methodenlehre, S.23 ff, außerdem BGHZ 74,376; BGH NJW 78,695.

Das impliziert, daß ein Wegfall der Geschäftsgrundlage dann nicht vorliegen kann, wenn sich zukünftige Umstände ändern, für die eine Vertragspartei willentlich das Risiko übernommen hat(210).

Das könnte hier aber problematisch sein. Die Vereinbarung, die Abfindung auf Grundlage einer bestimmten Bewertung vorzunehmen, könnte wie eine Festpreisabsprache(211) nur in den Risikobereich des unterzeichnenden Gesellschafters fallen.

Dieser Einwand ist nicht schon dadurch auszuräumen, daß bei Vertragsabschluß in der Regel noch gar nicht endgültig feststehen muß, zu wessen Vorteil sich diese Klausel auszahlt. Denn dies ist gerade typisches Merkmal einer Risikoübernahme.

Bedenken ergeben sich aber insoweit, als Buchwertklauseln in der Regel nicht nur abgeschlossen werden, um einer Vertragspartei ein bestimmtes Risiko aufzuerlegen, sondern um die Berechnung des Anspruches aus § 738 I 2 BGB, eventuell unter Berücksichtigung eines gewissen Abzuges, zu erleichtern und besser kalkulierbar zu machen. Entspringt eine Abfindungsvereinbarung solchen Motiven, ist sie nicht der Risikosphäre nur einer der beiden Parteien zuzuordnen. Vielmehr ist in diesen Fällen zu fragen, mit welcher Intention die Parteien den Abschluß der Klausel betrieben haben. Gingen sie bei Abschluß davon aus, daß der Buchwert erheblich hinter dem Tatsächlichen zurückbleibt, so ist für eine Anwendung des § 242 BGB schon deshalb kein Raum, weil die zukünftige Entwicklung gerade vom Willen der Parteien gedeckt war.

Dieser Fall dürfte jedoch außerordentlich selten sein. Die Parteien werden bei Abschluß einer solchen Klausel häufig überhaupt keine Überlegungen anstellen, wie sich der Buch-

210) BGHZ 74,373; BGH NJW 78,2391; BGH MDR 77,298; BGH JZ 66,409; Ulmer, AcP 174,182; Palandt-Heinrichs, § 242,6B.
 211) BGH JZ 78,235.

wert(212) zukünftig entwickeln wird, oder aber sie gehen sogar übereinstimmend davon aus, daß er sich in etwa dem tatsächlichen Vermögen entsprechend anpaßt(213).

In diesen Fällen ist daher das Prinzip des "Wegfalls der Geschäftsgrundlage" heranzuziehen, wenn sich eine Wertverschiebung ergibt, die bei einem Festhalten am Vertrag zu untragbaren Ergebnissen führen würde.

Ab wann dies angenommen werden muß, ist jedoch fraglich.

Schon aus dem Gedanken der Rechtssicherheit heraus ist der Wegfall der Geschäftsgrundlage als Ausnahme anzusehen. Treu und Glauben verlangen nur dann Konsequenzen, wenn die Beeinträchtigung so schwer wiegt, daß zur Vermeidung untragbarer Härten eine Modifizierung dringend erforderlich ist. Die für den Benachteiligten entstehenden Konsequenzen müssen schwer und unerträglich sein, um die "Opfergrenze" zu übersteigen(214).

Die Ermittlung dieser Grenze bringt hier schon deshalb Schwierigkeiten mit sich, weil die bisher entschiedenen Fälle in der Regel darauf abstellen, ob die **V e r - p f l i c h t u n g** zur **L e i s t u n g** zu den vereinbarten Bedingungen zumutbar ist(215).

Im Rahmen dieser Konstellation ist die Zumutbarkeit zwar sehr weit zu fassen(216), auf die leistungsmäßig bereits zugewandte Buchwertklausel kann man dieses Ergebnis aber nicht unmittelbar übertragen.

212) Oder der einer anderen Berechnungsmethode zugrundeliegende Wert

213) Dieser gemeinsame Irrtum über wesentliche zukünftige Umstände gilt i.d.R. als Wegfall der subjektiven Geschäftsgrundlage, Palandt-Heinrichs, § 242, 6 C d.

214) BGHZ 7,243; 2,176 (188); BGH NJW 76,566; 58,1772 (1776); RGZ 160,257 (265 ff); 158,166; Erman-Sirp, § 242, 177, 178; Esser-Schmidt, S I 1, S.239, 273.

215) BGHZ 2,176 (188); BGH JZ 78,235; Erman-Sirp, § 242,178; Esser-Schmidt, S I 1, S.272; Larenz, Methodenlehre, S.110, 117,165.

216) Vgl. hierzu schon S.56 zur wirtschaftlichen Unmöglichkeit.

Es sind jedoch bereits in anderen Bereichen zu Fällen der Abfindung Vertragsanpassungen vorgenommen worden(217).

So ist im Schadensersatzrecht anerkannt, daß übereinstimmendes Unterstellen irriger Vorstellungen bei Abschluß eines Abfindungsvertrages dann im Rahmen des § 242 BGB relevant ist, wenn der wirkliche Schaden erheblich davon abweicht(218); des weiteren ist sogar dann ein Wegfall der Geschäftsgrundlage zu bejahen, wenn sich der Abfindungsvergleich auch auf unbekannte Schäden bezieht, sich später aber ein so krasses Mißverhältnis ergibt, daß das Festhalten am Vertrag gegen Treu und Glauben verstößt. Dies gilt jedoch nur dann, wenn die Folgen nicht absehbar waren(219).

3. Auswirkungen auf Buchwertklauseln

Diese Grundsätze müssen auch hier gelten, wobei im folgenden wiederum nur von einem Abweichen des wahren Wertes vom Buchwert nach oben ausgegangen werden soll, da das hierfür gewonnene Ergebnis auch auf den umgekehrten Fall übertragbar ist

Schon das Reichsgericht(220) hat einem ausscheidenden Gesellschafter, der bei Ausscheiden unter Zugrundelegung einer unrichtigen Bewertung abgefunden wurde, einen Ausgleichsanspruch zugestanden. Demzufolge müssen auch solche Fälle unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB eine Modifizierung erfahren, bei denen auf Grund veränderter wirtschaftlicher Gegebenheiten eine erhebliche Divergenz zwischen Buchwert und dem damals damit parallel laufenden wirklichen Wert besteht, soweit das nicht gerade beabsichtigt war(221).

217) Erman-Sirp, § 242,195,196,197; Palandt-Heinrichs, § 242,6 D a.

218) BGH LM, § 779 Nr.24.

219) BGH, VersR 67,807; 66,243; 61,382; Erman-Sirp, § 242,197 m.w.N.

220) RGZ 131,94.

221) Vgl. S.97, etwa wenn dies als Vertragsinhalt gerade als Verminderung der Abfindung geplant war.

Der Buchwert wird insbesondere bei Unternehmen, die vor den sechziger und siebziger Jahren gegründet wurden, wegen der erheblichen Wertsteigerung in dieser Zeit stark von dem heutigen Vermögensstand abweichen(222), sofern sie nicht durch die Rezession in besonders starkem Maße betroffen werden. (Davon wäre gerade die umgekehrte Wertabweichung denkbar).

Entspricht die laut Abfindungsvereinbarung zu zahlende Summe daher nur noch einem Bruchteil des wirklichen Wertes und war dieser, den Anspruch mindernde Umstand nicht bei Vertragsabschluß gewollt, so kann ein Verstoß gegen § 242 BGB vorliegen(223).

Allerdings ist dies nur dann zu bejahen, wenn die durch die lange Vertragszeit bedingten Umstandsänderungen im Einzelfall zu einer unzumutbaren Belastung führen, und zwar unabhängig davon, ob der Buchwert den wahren Wert unter- oder überschreitet. Somit ist zur Vermeidung unzumutbarer Zustände ein Abweichen von den vereinbarten Abfindungsregelungen nur in seltenen Ausnahmefällen geboten. Soweit die Rechtssprechung dieses Ziel durch eine Inhaltskontrolle (224) und das Festsetzen klarer Vereinbarungsschranken erreicht, muß sie sich den Vorwurf gefallen lassen, sie schränke die Privatautonomie in unzulässiger und unnötiger Weise ein(225).

Denn im Gegensatz zu einer Vertragskontrolle(226) liegt bei einer Anpassung gem. § 242 BGB gerade kein Eingriff in

222) Vgl. auch Esch, NJW 79,1391; Hennerkes-Binz, NJW 83,73 (77)

223) So auch Hueck, OHG, S.366, jedoch unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung, Schlegelberger-Gebßler, § 134,16; Diss. Andörfer, S.69 Ulmer in Großkomm. HGB, § 132,34 ders. in M K, § 738,36.

224) Wiedemann, FS. f. H. Westermann, S.585,590.

225) Die Rechtfertigung einer autonom getroffenen Regelung vor Gericht hält in diesem Zusammenhang auch Huber für unvereinbar mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, Huber, ZGR 80,177 (211).

226) Larenz AT, S.384.

die Vertragsfreiheit vor, sondern nur eine Konkretisierung dieses Grundsatzes, weil gerade auf die zugrundeliegende Motivation der Parteien abgestellt wird(227).

V. Ergebnis

Somit ist festzustellen, daß ohne Hinzutreten weiterer Umstände grundsätzlich jede Abfindungsvereinbarung zulässig ist, soweit sie nicht nur zu Lasten der Privatgläubiger geht. Nur im Einzelfall können besondere wirtschaftliche oder persönliche Bedürfnisse oder die Veränderung der zugrunde liegenden Umstände ein anderes Ergebnis rechtfertigen. Unter dieser Prämisse wird man häufig de facto, wenn auch mit einer anderen Begründung, zu gleichen Ergebnissen wie die Rechtssprechung gelangen. Dies gilt jedenfalls für buchwertorientierte (228) oder weniger einschneidende Absprachen.

B. Kombination von Ausschließungs- und Abfindungs-

vereinbarungen

Eine andere Beurteilung ist aber möglicherweise dann geboten, wenn mit Abschluß einer Abfindungsklausel auch die Ausschlußmöglichkeit eines Gesellschafters über den gesetzlichen Rahmen hinaus vereinbart wird. Dies ist allerdings nur dann denkbar, wenn Absprachen über das Ausscheiden überhaupt zulässig sind.

227) § 242 berechtigt nicht zu einer "Billigkeitsrechtssprechung", v. Hoyningen-Huene, S.91; Soergel-Siebert-Knopp, § 242,4; sondern die Grundsätze über die "Störung der Geschäftsgrundlage" stellen eine Ergänzung des allg. VertragR für den Fall dar, daß der Vertrag selbst eine Lösung nicht bereit hält. Insoweit wird gerade auf den Parteiwillen abgestellt, BGHZ 74,372; 61,160; 40,336; 25,392; BGH JZ 78,235; BGH NJW 76,565; subjektive Formel.

228) Mit ähnlichem Ergebnis für die Buchwertklauseln auch Hueck, OHG, S. 366, der aber auf die Fallgruppe der unzulässigen Rechtsausübung abstellt.

I. Zulässigkeit von Ausschußklauseln

Die frühere Rechtssprechung (229) des Reichsgerichts hielt Ausschließungsvereinbarungen generell für unzulässig mit dem Hinweis auf den zwingenden Charakter des § 140 HGB. Diese Vorschrift gehöre der öffentlichen Ordnung an und stehe deshalb nicht zur Disposition der Parteien, vielmehr sei die gerichtliche Abwicklung in diesem Fall gerade erforderlich, um völlige Klarheit zu erzielen.

Diese Ansicht, die in der Literatur(230) auf starke Ablehnung gestoßen war, wurde 1938 durch das Reichsgericht(231) aufgegeben. Demnach sollten verfahrensmäßig auch andere Ausschußmöglichkeiten als die Auflösungsklage zulässig sein, darüber hinaus stellte dieses Urteil auch klar, daß tatbestandlich nicht nur ein "wichtiger Grund" die Ausschließung eines Gesellschafters rechtfertigen kann. Vielmehr statuierte diese Entscheidung, daß die Befugnis zum Ausschuß in das Belieben eines oder mehrerer Gesellschafter gestellt werden kann, rückte somit das Prinzip der Vertragsfreiheit in den Vordergrund(232) und erlaubte den einzelnen Gesellschaftern, ihre Rechtsbeziehungen untereinander weitgehend nach eigenem Gutdünken zu ordnen, "soweit dies nicht unverzichtbaren Erfordernissen der allgemeinen Rechtsordnung zuwiderlaufe(234)".

Der BGH folgte zunächst dieser Linie. So hielt er eine Klausel für rechtmäßig, die dem Komplementär das Recht zum Ausschuß des oder der Kommanditisten zum Buchwert gibt(235).

229) So seit ROHG 21,84 bis zum Jahre 1938, vgl. auch RGZ 109,80.

230) Boesebeck, S.56 ff; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 140,15; § 132,6; Hachenburg, JW 1925,244; Hueck, FS Heymann, S.701,722; Ritter, Komm.z. HGB, § 140,5; Staub, HGB, § 140,6; vergl. auch Huber, ZGR 80,177 (181 m.w.N. Fn.15).

231) RGZ 80,390; RGZ AkDR 1938,818; RG DR 43,808; a.A. RGZ 88,220.

232) Coing, NJW 47,48,213; Erman-Brox, § 138, 86.

234) RG AkDR 38,818.

235) BGHZ 34,80.

Des weiteren stellte er in einer anderen Entscheidung fest(236), daß grundsätzlich nichts gegen ein Ausschlußrecht des Komplementärs gegenüber den Kommanditisten einzuwenden sei, im Einzelfall aber die Abfindung zum Buchwert als unangemessen gegen § 138 BGB verstoße. In einer weiteren Entscheidung, ließ der BGH (237) allerdings die Ausschließung der Kommanditisten zum Buchwert zu, weil die Gesellschafterstellung durch Schenkung erworben worden war und es sich deshalb um einen von vornherein begrenzten Vermögensvorteil gehandelt habe. Die generelle Zulässigkeit von Ausschlußklauseln wurde auch in BGH BB 65,1167 und BGH NJW 67,2161 angenommen. Noch im Jahre 1973 hielt der zweite Senat(238) eine Zurückstufung vom Komplementär zum Kommanditisten auf Grund Mehrheitsbeschluß für zulässig, auch wenn dadurch der zurückgestufte Gesellschafter praktisch gezwungen war, von sich aus die Gesellschaft zu kündigen. Allerdings hatte wiederum die Abfindungsregelung keinen Bestand. Die Ausschließung selbst machte der BGH(239) nicht vom Vorliegen eines wichtigen oder sachlichen Grundes abhängig.

Auch die Literatur(240) vertrat zunächst diese Ansicht.

Seit BGHZ 68,212 stellt der BGH das freie Ausschließungsrecht wieder in Frage. Auch wenn der II. Senat von einer Ergänzung spricht, so hat er dennoch mit dieser Entscheidung eine Wende eingeleitet(241). Neben den im Einklang mit dem Bestimmtheitsgrundsatz(242) ergangenen

236) BGH WM 62,462.

237) BGH WM 68,532.

238) BGH NJW 73,651.

239) BGH NJW 73,1606.

240) Enneccerus-Lehmann, § 181 I 2; Erman-Brox, § 138,86; Hueck, OHG, S.434 m.w.N.Fn6; Schlegelberger-Geßler, HGB, § 132,19; § 140,19; Schneider, JR 74,25(26); Schramm, S.25 ff; Weipert in HGB-RGRK, § 142,22; Westermann, Typengesetzlichkeit, S.243 ff; Westermann I Rz 418,422 ff; weitere Nachweise bei Huber, ZGR 80,177 (182 Fn 17).

241) Hennerkes-Binz, NJW 83,73 (74); Hirtz, BB 81,762; Huber, ZGR 80,177 (187); Krämer, NJW 81, 2553; Schilling, ZGR 79,422; Wiedemann, ZGR 80,152.

242) BGHZ 48,251; 20,363; 8,35; Huber, ZGR 80,177 (187) m.w.N. Fn.29); Kreutz, ZGR 83/109 (120); Martens, DB 73,413 (417); Schneider, ZGR 72,357; Ulmer, BB 76,950.

Ausführungen, nach denen ein nicht an wichtige Gründe geknüpftes Ausschließungsrecht nur dann zulässig sei, wenn dies unzweifelhaft aus dem Gesellschaftsvertrag hervorgehe, stellt er darüber hinaus fest, daß ein solches aus Gründen der "Grundprinzipien des Gesellschaftsrechts" (243) als rechtlich bedenklich anzusehen ist. Das wiederholt er in BGH NJW 70,104.

Seit 1981 hat der BGH(244) nunmehr in klarer Abkehr(245) von der Rechtssprechung vor 1973 entschieden, daß eine Klausel, die den persönlich haftenden Gesellschaftern das Recht einräumt, die Mitgesellschafter nach freiem Ermessen auszuschließen, dann nichtig ist, wenn nicht besondere Umstände eine solche Regelung sachlich rechtfertigen. Mit dem Argument, das "Damoklesschwert" der Hinauskündigung(246) schwebe auch dann über dem vom Ausschluß bedrohten Gesellschafter, wenn davon letztlich kein Gebrauch gemacht wird, und diese Gefahr lasse ein gesellschaftliches Miteinander in der Regel nicht zu, hat der zweite Senat in solchen Fällen(247) einer Ausschließungsklausel die Wirksamkeit versagt.

Diese zunehmend rechtsethische Maßstäbe(248) berücksichtigende Rechtsprechung ist in der Literatur zum Teil (249) auf Kritik gestoßen, zum Teil(250) aber auch begrüßt worden.

Der Kritik ist zuzugeben, daß insbesondere der vom BGH angewendete Prüfungsmaßstab, die "Grundprinzipien des

243) Kreutz, ZGR 83,109 (110).

244) BGHZ 81,263, vergl. auch jüngst BGH DB 85,1736.

245) Auch wenn dies wiederum nur als Ergänzung zu BGHZ 68,212 bezeichnet wird.

246) Schilling, ZGR 79,426.

247) BGH NJW 81,2565 (2566).

248) Krämer, NJW 81,2553 (2554).

249) Eiselt, Festschrift f. Lübtow, S.643 ff; Esch, NJW 79,1390 ff; Flume, NJW 79,902 ff; Hennerkes-Binz, NJW 1983,73 (76) stellen insb. auf Abfindung ab; Hirtz, BB 81,761 (764); Huber, Vermögensanteil, S.41, ders., ZGR 1980,177 (211); Hueck, OHG, S.435; Krämer, NJW 1981,147 ff (152 ff); Kreutz, ZGR 83,109 (111 ff).

250) Manke, S.159 ff; Wiedemann, Festschrift f. Fischer, S.897; differenzierend Bunte, Anmerkung zu BGH ZIP 85,737, ZIP 85,915; Schilling, ZGR 79,421.

Gesellschaftsrechts", problematisch erscheint. Die Einengung der Vertragsfreiheit ist ein schwerwiegender Eingriff, der regelmäßig nur dann gerechtfertigt ist, wenn gesetzlich vorgesehene Kontrollnormen wie §§ 134, 138 BGB verletzt sind(251).

Daran fehlt es aber bei den vom BGH verwendeten Nichtigkeitskriterien.

Darüberhinaus besteht im Regelfall das "Damoklesschwert" nicht in der Herauskündigung, sondern in dem Ausschluß ohne ausreichende Abfindung. Denn normalerweise liegt allein in einer Herauskündigung eines Gesellschafters weder eine Demütigung noch eine Bestrafung(252), vielmehr realisiert sich in dieser Maßnahme gerade das gesellschaftliche Prinzip des Miteinanders. Wer, aus welchen Gründen auch immer, die gemeinsame Zweckerreichung ablehnt, was auch schon dann anzunehmen ist, wenn nur eine Seite an einer Fortsetzung kein Interesse mehr hat, kann hierzu im Normalfall auch nicht mit dem Argument gezwungen werden, die grundsätzlichen Werte des Gesellschaftsrechts würden dies verlangen(253).

Denn diese gehen gerade von einem gemeinsamen, freiwilligen Miteinander aus und nicht von der Verpflichtung zur Allianz contre coeur(254). Inwieweit diese Grundüberlegung im Einzelfall durch einen gewissen Minderheitenschutz(255) modifiziert werden muß, bedarf hier keiner

251) so insbes. Kreutz, ZGR 83,109 (120).

252) Hueck, OHG, S.436.

253) Hueck, Gesellschafterbeschlüsse, S.722; Schramm, S.25.

254) Auch Schilling, NJW 79,104 und Huber, ZGR 80,210 halten das Kriterium der "Funktionsfähigkeit" für wenig überzeugend. Ebenso Hueck, OHG, S.435.

255) Dessen Bedürfnis soll hier keinesfalls geleugnet werden, in Frage gestellt wird nur das Prinzip von Regel und Ausnahme, vgl. hierzu auch näher Schilling, ZGR 79,421 ff; Kreutz, ZGR 83,109 ff.

weiteren Erläuterung. Vielmehr ist festzuhalten, daß die jüngere Rechtsprechung das Regel-Ausnahmeprinzip gerade umkehrt, obwohl für eine solch allgemeine Einschränkung gar keine Notwendigkeit besteht.

Gegen die Auffassung des BGH spricht auch ein Praktikabilitätsgesichtspunkt. Grundsätzlich ist nämlich eine Herauskündigung aus wichtigem Grund zulässig, wobei § 140 HGB gesellschaftsvertraglich so modifiziert werden darf, daß an die Stelle des Gerichtsbeschlusses ein Gesellschafterbeschuß tritt(256). Nun ist es aber anerkannt, daß der Begriff des wichtigen Grundes im Gesellschaftsvertrag selbst katalogartig definiert werden kann(257), soweit dies nicht wiederum in einer Art und Weise geschieht, die dem zur Ausschließung berechtigten Gesellschafter eine Willkürentscheidung ermöglicht. Ob und inwieweit jeder klar umrissene Tatbestand als ein wichtiger Grund über §§ 133,140 HGB hinaus vereinbart werden kann, soll an dieser Stelle nicht weiter behandelt werden, da das nur eine Problemverlagerung darstellt. Denn selbst wenn dies nicht möglich sein sollte, verbietet die Rechtsprechung des BGH bislang keine Klauseln, die enumerative Tatbestände bzw. genau bezeichnete Sachverhalte als o r d e n t l i c h e n Kündigungsgrund ausreichen lassen(258).

Die Frage, ob es sich um eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung handelt, hat aber hauptsächlich Auswirkungen auf die damit einhergehenden Folgewirkungen und deren Zulässigkeit, die Möglichkeit des Ausschlusses selbst wird von der Unterscheidung nicht zwangsläufig berührt. Daraus aber ergibt sich, daß der BGH die Ausschlußkündigung nach freiem Ermessen nur wegen der Befürchtung unkontrollierbarer Willkürmaßnahmen verbietet. Ein eindeutiger Schutz wird hierdurch aber nicht erreicht. Denn der zur ordentlichen Kündigung berechtigte Katalog

256) Hirtz, BB 81,761 ff; Hueck, OHG, S.436; Krämer, NJW 81,2553 (2554).

257) RGZ 156,219; Hennerkes-Binz, NJW 83,73 (80); Schlegelberger-Geßler, § 133,28.

258) Hennerkes-Binz, NJW 83,73 (80).

kann so umfangreich sein, daß der bedrohte Gesellschafter ebenfalls in zahlreichen Fällen unter dem "Damoklesschwert" der Herausündigung steht(259).

Darüberhinaus steht es stets im Ermessen der einzelnen Gesellschafter, welche Tatbestände sie als einen Kündigungsgrund vereinbaren, was auch noch nachträglich geschehen kann, im Einzelfall sogar durch Mehrheitsbeschluß(260), wenn der Gesellschaftsvertrag dies ausnahmsweise vorsieht. Dann verschiebt sich aber nur der Zeitpunkt, ab dem das Damoklesschwert der Ausschlußkündigung fühlbar über dem betroffenen Gesellschafter schwebt, da auf jede Situation denkbarerweise auch ein noch zu vereinbarenden Kündigungsgrund paßt(261).

Grundsätzlich darf es aber keinen entscheidenden Einfluß haben, zu welchem Zeitpunkt die Gefahr einer Willkürmaßnahme besteht.

Da es andererseits aber mit dem heutigen Verständnis der Vertragsfreiheit nicht zu vereinbaren ist, Ausschlußklauseln jeder Art zu untersagen oder die Art und Weise der Beschlußfassung zu reglementieren, scheint es nicht gerechtfertigt, bei der Ausschlußmöglichkeit nach freiem Ermessen besondere Maßstäbe anzulegen und das durch die Vertragsfreiheit vorgegebene Regel-Ausnahme-Prinzip zugunsten des Minderheitenschutzes umzukehren(262).

Endgültig braucht dieser Streit aber für die hier relevante Frage, inwieweit durch Ausschlußklauseln auch Abfindungsvereinbarungen berührt werden, nicht

259) Fischer, FS f. Barz, S.33,40 ff; Kreutz, ZGR 83,109 (120 ff).

260) BGH BB 76,948; Schneider, ZGR 72,357 (382 ff); Ulmer, BB 76,950.

261) Nahezu jede Regelung dieser Art kann die rechtliche Befugnis zu einem Mißbrauch beinhalten, vergl. auch Krämer, NJW 81,2553 (2555).

262) So auch Schramm, S.25, der im Einzelfall ein rechtmäßiges Interesse an solchen Klauseln bejaht.

entschieden zu werden. Denn im Grundsatz ist eine Ausschußvereinbarung jedenfalls dann zulässig, wenn die Kündigung nicht nur in das Ermessen eines oder mehrerer Gesellschafter gestellt ist, sondern sich an bestimmten Gründen orientiert. Darüberhinaus auch die Rechtsprechung(263) davon aus, daß eine Vereinbarung über eine Kündigung nach freiem Ermessen dann zulässig ist, wenn besondere Umstände vorliegen, die den Abschluß dieser Klausel erfordern(264).

Für die Frage der Auswirkung auf die Abfindung ist aber der noch offene Streit(265) zwischen Regel und Ausnahme von untergeordneter Bedeutung. Da aber die eventuelle Relevanz größer ist, wenn man im Grundsatz auch eine Ausschließung nach freiem Ermessen zuläßt, soll zur Verdeutlichung von diesem Prinzip ausgegangen werden und, falls erforderlich, im Einzelfall auf Besonderheiten, die durch die Meinung der Rechtsprechung entstehen, hingewiesen werden.

II. Wechselseitige Beeinflussung

Bei isolierter Betrachtungsweise sind daher sowohl Abfindungs- als auch Ausschußklauseln in sehr weitem Rahmen zulässig.

Eine andere Bewertung könnte aber dann geboten sein, wenn bei einer Kombination beider Klauseln die in jeder von ihnen liegende Gefahr noch erhöht würde, mit der Folge, daß eine wechselseitige Beeinflussung vorliegt. Das ist jedoch umstritten.

263) BGHZ 68,212; BGH NJW 81,2565; 79,104.

264) Huber, ZGR 80,177 (190).

265) Auch wenn nach dem zuvor Gesagten im wesentlichen Kritik an der Rspr. geübt wurde, kann wegen der Vielfältigkeit des Problems eine umfassende Stellungnahme nicht in der Kürze vorgenommen werden, zumal dies nicht Thema der Arbeit ist.

Der BGH(266) verneint grundsätzlich einen Einfluß der einen auf die Zulässigkeit der anderen Klausel (267), und entschärft durch eine enge Vertragskontrolle die beiden einzelnen Klauseln so, daß sie auch bei einer Kombination keine weitere Gefährdung gesellschaftlicher und sittlicher Werte mehr darstellen.

Nach dem zuvor ermittelten Ergebnis ist diese Entschärfung jedoch nur im Einzelfall möglich. Andererseits wäre aber der Umkehrschluß, auch die Kombination beider Klauseln sei generell zulässig, nur dann unbedenklich, wenn ein Zusammenhang zwischen den Absprachen geleugnet würde oder aber dieser Zusammenhang keine relevanten Werte gefährden könnte.

Das aber ist jedenfalls dann zu verneinen, wenn man die richterliche Einengung der einzelnen Klauseln im Gegensatz zur Rechtsprechung für unzulässig hält, da sich durch Ausschlussklauseln das in der Abfindungsvereinbarung liegende Risiko erhöht und umgekehrt die Gefahr von Willkürmaßnahmen bei höherem wirtschaftlichen Gewinn steigt.

Daher liegt gerade in der Kombination dieser Absprachen eine besondere Bedeutung(268), deren Zu-

266) BGHZ 68,212; BGH NJW 81,2565; 79,104;

73,1606; BGH AG 80,158 (IV. Senat).

267) vergl. hierzu auch Esch, GmbH Rundschau 81,25 (26,27); ders. NJW 79,1390 (1395); Hennerkes-Binz, NJW 83,73 (74); Krämer, NJW 81,2553 (2556); Maiberg, DB 78,1209 (1213).

268) Auch die jüngere Rspr. ist bislang nur zu Fällen ergangen, in denen die Herauskündigung zu einer Abfindung unter Wert führte, vgl. BGHZ 68,212; BGH NJW 79,104; 81,2565; ebenso geht die Literatur in der Regel von einer besonderen Auswirkung durch die Kombination aus, auch wenn sie bisweilen daraus nur Folgen für eine der beiden Regelungen herleitet, vgl. insoweit Eiselt, FS f. Lübtow, S.651 ff; Esch, NJW 79,1390 (1395); Flume, NJW 79,902 (904); Hennerkes-Binz, NJW 83,73 (74,76); Hirtz, BB 81,761 (762); Huber, ZGR 80,177 ff (187); Martens, DB 73,413; Meilicke, DB 80,2121; Krämer, NJW 81,2553 (2556); Kreutz, ZGR 83,109 (121); Schramm, S.28 mit Fn. 65 m.w.N.; Ulmer, NJW 79,81 (82); Wiedemann, ZGR 79,419 (424).

lässigkeit sich nach zwei grundsätzlichen Kriterien entscheidet.

Zum einen kann bei bestimmten Klauselgestaltungen eine generelle Nichtigkeit anzunehmen sein, etwa aus Gründen absoluter Unverträglichkeit mit den heute üblichen Moralvorstellungen, wobei möglicherweise wegen § 139 BGB auch nur die Unwirksamkeit der einen oder der anderen Komponente der verwerflichen Vereinbarung die besondere Gefahr der Kombination beseitigt(269). Zum anderen kann aber auch dann, wenn die Kombination selbst grundsätzlich zulässig ist, im Einzelfall ein Verstoß gegen die Werte unseres Rechtssystems gesehen werden.

Die Antwort auf die Frage, ob eine Vertrags- oder eine Ausübungskontrolle vorgenommen wird(270), ist jedoch keine Wertentscheidung etwa dergestalt, daß schon die konkrete Einzelfallkontrolle ausreichend und die abstrakte Vertragskontrolle daher obsolet ist(271).

Vielmehr liegt ein Stufenverhältnis vor. Ist eine Vereinbarung schon abstrakt unwirksam, so kann sich nicht die Frage stellen, ob diese Klausel im Einzelfall Unbilligkeiten bewirkt. Denn ob richterlich festgestellt oder nicht, Gültigkeit vermag sie nicht zu entfalten. Daher ist diese Vereinbarung schon zwangsläufig untauglich, im Einzelfall trotz Gültigkeit einen Rechtsverstoß zu bewirken.

Daraus ergibt sich zwingend die weitere Prüfungsfolge. Zuerst ist festzustellen, ob eine Klauselkombination,

269) Vgl. hierzu später "Rechtsfolgen".

270) Diese Frage hat in letzter Zeit die Literatur nicht unwesentlich beschäftigt. Esch, NJW 79,1390 ff (1395); Hennerkes-Binz, NJW 83,73 (74); Hirtz, BB 81,761 (763); Krämer, NJW 81,2553 (2555); Manke, Ausschlößung, S.140; Schilling, ZGR 79,419 (423); Wiedemann, ZGR 80,147 ff. 271) So aber wohl Hirtz, BB 81,761 (763); Schilling, ZGR 79,421.

deren Einzelbestandteile grundsätzlich im Einklang mit der Rechtsordnung stehen, überhaupt einen generellen Rechtsverstoß begründen kann und wenn, in welchen Fällen. Erst dann kann für die verbleibenden Fälle an eine Ausübungskontrolle gedacht werden.

III. Vertragskontrolle

Im Rahmen dieser Prüfung ist somit wiederum von den besonderen Begrenzungsvorschriften auszugehen und anschließend auf die allgemeinen abzustellen.

1. Verstoß gegen zwingendes Gesellschaftsrecht

Das Recht des einzelnen Gesellschafters, seine persönliche(272) Bindung zu der Gesellschaft zu lösen, wird durch eine Ausschlußklausel nicht weiter berührt und kann daher auch keine relevante Schranke sein. Da andererseits auch die §§ 133, 140 HGB verfahrens- und materiellrechtlich erweitert werden dürfen(273) und für diese Modifikation die Frage nach der Abfindung ohne Relevanz bleibt, sind zwingende Regeln des Gesellschaftsrechts durch die Kombination nicht berührt.

2. Schutz des Gesellschaftsgläubigers

Regelmäßig ist die Möglichkeit der Gesellschaft, sich von einem unliebsamen Gesellschafter nach freiem Ermessen lösen zu können, für die Frage nach dem Schutz des Gesellschaftsgläubigers unbeachtlich, da auch der ausgeschlossene Gesellschafter wegen der §§ 128, 159 HGB im Wege der Haftung weiter für die Verbindlichkeiten einzustehen hat. Eine besondere Gefahr ist

272) § 723 BGB, §§ 132, 133 HGB; vgl. auch S. 22ff, 48ff.
 273) Vgl. S. 24.

durch die Kombination beider Klauseln nicht zu erkennen, vielmehr ist die Bereicherung der Gesellschaft, also des Schuldners, für den Gläubiger der Gesellschaft besonders günstig(274).

3. Sittenwidrigkeit

Anderes mag aber dann gelten, wenn die Kombination gegen § 138 BGB verstößt. Da § 138 II BGB entscheidend auf die subjektive Komponente abstellt, kann daraus eine generelle Schrankenwirkung nicht hergeleitet werden.

Somit ist wiederum auf die guten Sitten abzustellen(275) und die Kombination anhand der von der Rechtssprechung entwickelten Fallgruppe näher zu untersuchen.

a. Knebelungsvertrag

Auch eine Kombination verschiedener Vertragsklauseln kann den Tatbestand eines Knebelungsvertrages erfüllen(276).

Um im folgenden die Auswirkungen auf die Abfindungsabsprache festzustellen, ist sowohl nach der Art der Abfindungsvereinbarung als auch nach der vereinbarten Ausschlußmöglichkeit zu unterscheiden. Es soll daher zunächst auf einen völligen Abfindungsausschluß abgestellt werden, weil es sich hierbei um die krasseste Regelung handelt, sodann auf Buchwertklauseln und danach auf andere regelnde Abfindungsabsprachen.

274) Die Benachteiligung des Privatgläubigers wird später untersucht, vergl. S. 125.

275) Zur Definition S. 68ff

276) Flume, NJW 79, 902 (904 mit Fn.5); Larenz, AT, S. 386; Palandt-Heinrichs, § 138, 5 K.

aa. Abfindungsausschluß und Ausschlußmöglichkeit

Im Rahmen dieser Prüfung ist wiederum zwischen den verschiedenen Kündigungsvereinbarungen zu unterscheiden. Da es sich bei einer Regelung, die die Ausschlußmöglichkeit eines Gesellschafters in das Belieben eines oder mehrerer Gesellschafter stellt, um die weitestgehende Klausel handelt, soll mit dieser Konstellation begonnen werden.

aaa. Nach freiem Ermessen

Bei einer freien Ausschlußmöglichkeit ohne Abfindungsverpflichtung ist für den bedrohten Gesellschafter die Gefahr sehr groß, bei unerwünschtem Verhalten schwerwiegende wirtschaftliche Nachteile in Kauf nehmen zu müssen. Unabhängig von der vielleicht im Einzelfall vorliegenden Absicht der entscheidenden Gesellschafter, sich wirtschaftlich zu bereichern, ist der bedrohte Gesellschafter besonderen Verhaltensmaßregeln unterstellt. Er muß all das unterlassen, was die Mißbilligung des oder der beherrschenden Gesellschafter erregen könnte, um seinen wirtschaftlichen Besitzstand zu wahren.

Diese Einschränkung rechtfertigt sich weder aus dem Gedanken des gesellschaftlichen Miteinanders(277) noch dem der Vertragsfreiheit.

Auch wenn das Gesellschaftsrecht durch die §§ 161 ff HGB zwei Typen von Gesellschaftern konzipiert hat, so geht es doch von dem Ziel einer gemeinsamen Zweckerreichung aus und nicht einer bedingungslosen Unterordnung. Diese ist einem Miteinander vielmehr fremd, das ein gewisses partnerschaftliches Verhalten verlangt. Da die Einschränkungen solcher Klauselge-

277) Vgl. hierzu Wortlaut § 705 BGB.

staltung so erheblich sind, daß sie die wirtschaftliche Entfaltungsmöglichkeit über das zumutbare Maß hinaus beschränken, ist auch das Prinzip der Vertragsfreiheit nicht geeignet, einer solchen Vertragsform die Wirksamkeit zu gewähren. Der Satz "volenti non fit iniuria" gilt nur innerhalb bestimmter, zugegebenermaßen weitgefaßter Grenzen(278). Diese sind aber bei einer "vollständigen Unterwerfung" verletzt, da die Angst vor Willkürentscheidungen zu einer konkreten Gefährdung des wirtschaftlichen Freiraums(279) führt.

Daher ist einer solchen Klauselkombination die Wirksamkeit wegen § 138 I BGB zu versagen(280), wobei im Einzelfall besondere Umstände hinzutreten können, die eine andere Bewertung rechtfertigen.

bbb. Bei Vorliegen enumerativ aufgelisteter wichtiger

Gründe

Sofern der Gesellschaftsvertrag eine Klausel enthält, in der enumerativ die Umstände aufgezählt sind, die zu einem Ausschluß berechtigen, und für diesen Fall ein Abfindungsverzicht vereinbart ist, hängt die Zulässigkeit dieser Kombinationen von verschiedenen Komponenten ab.

Sind als Kündigungsgründe nur "wichtige" vereinbart (281), also solche, die in ihrer Schwere und Bedeutung in etwa denen des § 133 II HGB entsprechen(282), so

278) Erman-Brox, § 138,86, "Die Vertragsfreiheit ist im Gesellschaftsrecht weit gespannt".

279) Hierauf stellt wohl auch BGH NJW 79,865 ab.

280) im Ergebnis ebenso BGH NJW 79,104; Hennerkes-Binz, NJW 83,73 (75); Krämer, NJW 81,2553 (2555); Manke, S. 64 ff; Schilling, ZGR 79,419 (426).

281) Was zulässig ist, RGZ 156,219; Schlegelberger-Gebler, § 133,29; Düringer-Hachenburg, § 133,18; Hueck, OHG, S.381 ff; Ulmer in Großkomm.HGB, § 133,72.

282) § 133 II geht von der Verletzung einer wesentlichen Verpflichtung aus, vgl. auch BGHZ 4,111; RG LZ 16,40; Schlegelberger-Gebler, § 140,5; Hueck, OHG, S.439.

ist es nach den Grundgedanken des Gesellschaftsrechts geboten, sich der Kündigung nicht zu widersetzen.

Da darüber hinaus zwangsläufig eine Vertragsverletzung besteht - denn der gekündigte Gesellschafter hat sich an die ihm gebotene Verhaltensweise nicht gehalten - kann die Vereinbarung eines völligen Abfindungsausschlusses aus dem Gedanken einer Verfallklausel(283) gerechtfertigt sein. Auch auf diese wäre § 339 BGB anwendbar(284), wobei die Regeln des BGB durch § 348 HGB verschärft werden. Mit dem Verstoß gegen die gebotene Handlungs- oder Unterlassungspflicht könnte die Strafe dann als verwirkt angesehen werden, gleich ob sie in der Zahlung einer Geldsumme oder einer Anspruchsvernichtung besteht.

Von dieser Konstellation wird man jedoch regelmäßig nicht ausgehen können. Denn nach den zuvor gewonnenen Erkenntnissen liegt schon im Abschluß einer Abfindungsklausel auch deren vollständige Bewirkung(285), so daß hier nicht nach Pflichtverletzung eine Anspruchsvernichtung eintritt. Diese ist vielmehr schon zuvor vollzogen worden und realisiert sich erst im Moment des Ausscheidens.

Unabhängig von der Frage, ob dieser Unterschied eine Anwendung des § 339 BGB ausschließt, ergibt sich daraus aber in Bezug auf die wirtschaftliche Beschränkung, daß ein grundsätzlicher Unterschied nicht besteht. Die Auswirkungen sind für den Betroffenen gleich, sodaß es auf den Verfallzeitpunkt nicht ankommt.

283) Oder Vertragsstrafe, wobei hier § 360 unanwendbar ist, da die Verfallklausel bzw. Abfindungsvereinbarung einen Rechtsverlust ipso iure bewirkt, Palandt-Heinrichs, § 339 Vorb. 2 b.

284) BGH NJW 72,1893; 68,1625; 60,1568; Böttcher, ZFA 70,3 (39).

285) Vergl. S.34ff.

Die Kombination beider Klauseln wäre demnach dann zulässig, wenn auch eine Vertragsstrafe in dieser Höhe nicht gegen § 138 BGB verstoßen würde.

Der Sinn solcher Vereinbarungen ist es, den Gesellschafter an bestimmten Handlungen zu hindern oder ihn zu anderen zu veranlassen, um die Gesellschaftsziele realisieren zu können(286). Die Durchsetzung dieser Verhaltensnormen ist daher gerade in Einklang mit dem Gesellschaftsrecht geboten, wobei die Höhe der angedrohten Nachteile wegen § 348 HGB kaum ein Zulässigkeitskriterium darstellen kann, da dies nur in seltenen Fällen einen Sittenverstoß begründet(287).

Daraus ergibt sich, daß eine Beziehung zwischen der angedrohten Strafe und dem Erfordernis des gewünschten Verhaltens herzustellen ist. Gebietet die Rechtsordnung die unter Strafe gestellte Handlung, rechtfertigt sich regelmäßig auch die Androhung von erheblichen Nachteilen.

Daher ist von einer unzulässigen Einengung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit in solchen Fällen nicht auszugehen. Die Realisation des Gesellschaftszweckes wird bei Verletzung eines Tatbestandes, der einen wichtigen Grund darstellt, in so starkem Maße gefährdet, daß zur Verhinderung und Verkleinerung dieses Risikos auch eine erhebliche finanzielle Einbuße angeordnet werden kann.

Darüberhinaus ist im Falle eines Verstoßes trotz Strafe die beabsichtigte Begünstigung der Gesellschaft nicht nur zulässig, sondern auch besonders sinnvoll. Denn der durch die Verletzung entstandene Nachteil kann so einen gewissen Ausgleich erfahren.

286) Anderenfalls ist die Einordnung als wichtiger Grund sehr fraglich, vgl. Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 133,3 B.

287) BGH GRUR 52,141; Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 348,1 A; Erman-Brox, § 138,136.

Sofern sich die Ausschlußmöglichkeit aus einer Klausel ergibt, die eine Kündigung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zuläßt und diese Voraussetzung in einem über § 133 HGB hinausgehenden Katalog enumerativ aufzählt, ist daher ein Abfindungsausschluß selbst dann zulässig, wenn nur ein Teil der Gesellschafter über das Vorliegen der Ausschlußvoraussetzungen entscheidet(288).

ccc. Bei Vorliegen beliebiger, katalogartig erfaßter

Verhaltensweisen

Eine andere Beurteilung mag aber dann geboten sein, wenn der Ausschlußkatalog keine wichtigen Gründe enthält, sondern beliebige Verhaltensweisen wie Vereinszugehörigkeiten, Güterstand und ähnliches.

Auch wenn durch eine enumerative Auflistung verschiedener Ge- und Verbote ein völlig freies Ausschließungsermessen des oder der herrschenden Gesellschafter vermieden wird, kann ein besonders weiter Katalog in dessen Nähe rücken. Im Gegensatz zu den "wichtigen Gründen" sind die hierüber einen Ausschluß entscheidenden für die Gesellschaft nicht von vitalem Interesse, vielmehr werden persönliche Verhaltensweisen untergeordneter Bedeutung mit einer außerordentlich einschneidenden Folgeregulierung bedacht.

Auch hier wiegt der Grundsatz der Vertragsfreiheit schwer(289). Der Unterzeichnende geht nämlich wegen der genauen Auflistung von Ausschlußtatbeständen wissenschaftlich ein, auch für ihn voraussehbares Risiko ein und allein das Unterwerfen unter bestimmte Verhaltens-

288) Die Ausschlußkündigung bei wichtigem Grunde wird gerade nicht von BGH NJW 81,2565; 79,104 erörtert, vgl. auch Schilling, ZGR 79,419 (420).

289) Erman-Brox, BGB, § 138,86.

weisen ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Allerdings kann eine unangemessene Folgeregelung im Einzelfall dazu führen, daß entweder unverzichtbare Rechtspositionen mittelbar aufgegeben werden oder aber die Verhältnismäßigkeit von Ursache und Folge fehlt.

Dies richtet sich unter anderem nach der Wichtigkeit und dem Umfang der reglementierten Tatbestände.

Ist dieser Bereich außerordentlich groß, wird der Gesellschafter zumindest dann unzulässigerweise an einer freien wirtschaftlichen Betätigung gehindert, wenn der Verstoß für die Interessen der Gesellschaft gering, für seine Belange dagegen unbedingt erforderlich ist. Neben der Tatsache, daß in solchen Fällen möglicherweise nur die Rechtslage einer in dieser Kombination unzulässigen Herausündigung nach freiem Ermessen umgangen werden soll, ist durch die Androhung der völligen Einbuße aller gesellschaftlichen Wertanteile die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit so eingeschränkt, daß der bedrohte Gesellschafter eine eigenständige Position nicht mehr vertreten kann. Unabhängig von der Frage nach einer Willkürentscheidung, die stets dadurch möglich bleibt, daß eventuell nur ein Gesellschafter über den Ausschluß mit den beschriebenen Folgen bestimmt, ist der wirtschaftliche Verlust im Verhältnis zu der Verletzung bei solchen Konstellationen zu hoch.

Andererseits ergibt sich schon aus den Ausführungen zur Kündigung aus wichtigem Grund (290), daß es bei einem klar und eng umrissenen Verhaltenskatalog eher zulässig ist, eine solch einschneidende Folgeregelung vorzusehen. Allerdings dürfte dies die Ausnahme sein. Denn wenn ein Ausschlußgrund für die Gesellschaft wirklich von vitalem Interesse ist, dann wird er in der Regel als wichtiger Grund gelten,

290) Vgl. S. 114 ff.

unabhängig davon, ob er als solcher bezeichnet ist oder nicht(291).

Daraus aber ergibt sich, daß durch diese Klauselkombination regelmäßig eine Einengung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit erzeugt wird, die den Tatbestand des § 138 I BGB erfüllt.

bb. Ausschlußmöglichkeit nach freiem Ermessen zum

Buchwert

Die in der Rechtsprechung(292) und auch in der Literatur(293)' in letzter Zeit häufig diskutierte Frage, inwieweit die freie Ausschlußkündigung zum Buchwert den Tatbestand eines Knebelungsgeschäftes erfüllt, bedarf auch bei der in Frage stehenden Kombination einer eingehenden Betrachtung.

Auch wenn die Rechtsprechung und die Literatur zum Großteil(294) von einer isolierten Klauselbetrachtung ausgeht, kann möglicherweise im Ergebnis eine übereinstimmende Behandlung geboten sein, wobei es jedoch fraglich erscheint, ob dies über eine Vertragskontrolle(295) erzielt werden kann.

Nach dem zuvor Gesagten widerspricht eine Ausschlußklausel nach freiem Ermessen nicht unbedingt den Gedanken des § 138 BGB. Da die Sittenwidrigkeit im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegen muß(296) und im

291) Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 133,3 B.

292) Vgl. insb. BGH NJW 79,104; 81,2565.

293) Flume 79,902 ff (904); Hennerkes-Binz, NJW 83,73 (76); Hirtz, BB 81,761 (764); Huber, ZGR 80,177 (189,203 ff); Krämer, NJW 81,2553 (2555); Schilling, ZGR 79,421 (424 ff).

294) Vgl. Nachweise zur isolierten Betrachtung von Buchwertklauseln und Ausschlußmöglichkeit, S. 78, 99, 102; a.A. wie hier z.B. Hennerkes-Binz, NJW 83,73 (76).

295) Vgl. hierzu Hirtz, BB 81,761 (763); Krämer, NJW 81,2553 (2555); Schilling, ZGR 79,421 (423); Wiedemann, ZGR 80,147 ff.

296) Vgl. S.70, 81.

Zeitpunkt der Vereinbarung der Buchwert jedenfalls dann dem wahren Wert entspricht, wenn diese zusammen mit dem Gesellschaftsvertrag geschlossen wird(297), kann regelmäßig durch die Kombination für den Zeitpunkt des Abschlusses keine zusätzliche Beeinträchtigung geschaffen werden.

Somit liegt allenfalls dann ein Verstoß gemäß § 138 I BGB vor, wenn das zukünftige Auseinanderfallen von wahren Wert und Buchwert sicher zu erwarten steht, da dann neben die freie Ausschlußmöglichkeit eine weitere erhebliche Vermögensgefährdung tritt, die den Knebelungstatbestand zusammen erfüllen können.

Jedoch ist es unserem Rechtssystem immanent, bloße Hoffnungen(298) nicht als relevante Werte anzusehen. Regelmäßig wird es sich aber bei der Erwartung zukünftiger wirtschaftlicher Entwicklungen um nichts anderes handeln, da wegen der Unvorhersehbarkeit zukünftiger Entwicklungen mit einer klaren Tendenz nicht gerechnet werden kann.

Daher wird durch die Vereinbarung einer Buchwertklausel zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses eine weitere Beeinträchtigung nicht geschaffen, so daß die Grundsätze Anwendung finden müssen, die für Ausschlußklauseln bei isolierter Betrachtungsweise entwickelt wurden(299). Da diese im Prinzip zulässig sind, ist von einem Verstoß gegen den Knebelungstatbestand regelmäßig nicht auszugehen.

297) Auch später können wahrer Wert und Buchwert in etwa zusammenfallen, Hennerkes-Binz, NJW 83,73 (77); Esch, NJW 79,1391 oder sogar so divergieren, daß der Buchwert über dem wahren Wert liegt, vergl. Hennerkes-Binz, DB 83, 2669(2673); Sieben-Lutz, DB 83,1989 ff.

298) Vgl. S.81.

299) Vgl. S.102ff; des weiteren Esch, NJW 79, 1390 ff; Hennerkes-Binz, NJW 83,70 (80); Möhring, FS f. Barz, S.51 ff.

cc. Abfindungsvereinbarungen zu ungleichem Entgelt

 und Ausschlußmöglichkeit

Relevanter für die Zulässigkeit der hier in Frage stehenden Kombination zwischen Abfindungs- und Ausschlußklauseln sind dagegen die Vereinbarungen, die eine Berechnung der Abfindung anhand des Einheitswertes, Teilwertes, Festwertes und ähnlichem vorsehen oder einen besonders langen Stundungszeitraum bei Gesellschaftsvertragsabschluß festschreiben.

All diesen Absprachen ist es zu eigen, daß sie schon bei Abschluß regelmäßig nur einen geringeren Anspruch als den in § 738 I 2 BGB vorgesehenen entstehen lassen. Gerade in Kombination mit einer Herausündigungsmöglichkeit besteht daher wiederum die Gefahr, daß sich die Bedrohung als so stark erweist, daß die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des Einzelnen in unzumutbarer Weise eingeschränkt wird.

Dies gilt es anhand der einzelnen Kündigungsabsprachen näher zu untersuchen.

aaa. Nach freiem Ermessen.

Sofern man eine Ausschlußmöglichkeit nach freiem Ermessen zuläßt, ergibt sich aus den oben angestellten Überlegungen, daß sich diese Absprache am Rande des rechtlich Erlaubten bewegt (300).

Jede weitere Bedrohung wird zu einer Knebelung führen, so daß jedenfalls dann, wenn schon bei Abschluß der Klauselkombination eine nicht vollwertige Abfindung

300) Der BGH sieht schon hier die Zulässigkeitsgrenze als überschritten an, BGH NJW 81,2565, vgl. auch Schilling, ZGR 79,419 (426); Huber, ZGR 80,177 (199).

vereinbart wird, ein Verstoß gegen § 138 I BGB zu bejahen ist(301).

Nur für den Fall von Stundungsvereinbarungen ist eine weitere Differenzierung geboten. Denn sofern es sich nicht um Absprachen handelt, die dem Ausscheidenden den Nutzen seines Kapitals für sehr lange Zeit entziehen, ist mit solchen Vertragsgestaltungen eine wesentliche Beeinträchtigung nicht verbunden, vielmehr behält er seinen Anspruch auf die volle Summe. Daher wird für Fälle, die eine Verzinsung in angemessener Höhe für die Zeit der Stundung vorsehen, eine Sittenwidrigkeit nicht zu bejahen sein.

Da es überdies unter dem Gesichtspunkt des Bestandschutzes ein außerordentlich bedeutendes Interesse der Gesellschaft sein kann, die Summe nicht sofort auszahlen zu müssen, werden auch kurzfristige Zahlungsmodifikationen in Kombination mit einem freien Ausschlußrecht einen Knebelungstatbestand nicht erfüllen. Das gilt um so mehr als auch der Anspruch aus § 738 I 2 BGB nicht sofort fällig ist(302).

bbb. Bei Vorliegen enumerativ aufgelisteter wichtiger

Gründe

Da für einen Ausschließungskatalog aus wichtigem Grund schon ein genereller Abfindungsausschluß zugelassen wurde, ist hier keine weitere Schwierigkeit zu erkennen. Denn wenn schon ein völliger Verzicht auf die Abfindung zulässig ist, so wird dies erst recht für einen teilweisen gelten.

301) BGH NJW 79,104; 73,651; Esch, NJW 79,1390; Flume, NJW 79,902 (904) sofern es sich nicht um einen "Gesellschafter minderen Rechts" handelt; Hennerkes-Binz, NJW 83,73 (80); Krämer, NJW 81,2553; Schilling, ZGR 79,421 (426); Schneider, JR 74,24 (25); Ulmer, NJW 79,81;
302) vergl. S.3ff.

ccc. Bei Vorliegen beliebiger, katalogartig erfaßter

Verhaltensweisen

Sofern der Gesellschaftsvertrag bestimmte Gründe vorsieht, die nicht als wichtige im Sinne des § 133 HGB gelten und die einen Ausschluß rechtfertigen, mag eine andere Betrachtung geboten sein.

Wie bereits festgestellt, liegt im vorliegenden Fall jedenfalls dann ein Verstoß gegen § 138 I BGB vor, wenn bereits eine der beiden Klauseln im Rahmen der jeweiligen Kombination bei isolierter Betrachtungsweise bis an die bestehende Vereinbarungsgränze geht, da durch das Vorhandensein der anderen Absprache eine weitere, nicht mehr zulässige Rechtsverkürzung eintritt. In diesem Fall würde sowohl ein Abfindungsausschluß zu einem Knebelungstatbestand führen (303) als auch die Vereinbarung einer Ausschlußmöglichkeit nach freiem Ermessen (304). Daraus ergibt sich ein Spannungsverhältnis dergestalt, daß sich regelmäßig die eine Klausel nur so weit vom gesetzlichen Leitbild entfernen darf, wie die andere von ihrer isolierten Zulässigkeitsgränze abrückt. Der Knebelungstatbestand ist somit dann erfüllt, wenn der Ausschlußkatalog sehr groß und die Abfindung sehr niedrig ist. Umgekehrt wird bei sehr engen Kündigungsvoraussetzungen und einer fast entsprechenden Abfindung kein Verstoß dieser Klauselkombination gegen § 138 I BGB zu bejahen sein.

Grundsätzlich ist daher weder von einer generellen Zulässigkeit oder Unzulässigkeit dieser Variante auszugehen, sodaß dieser Bereich einer konkreten Vertragskontrolle vorbehalten bleiben muß. Im Einzelfall ist dieses Ergebnis durch die Abgrenzung Vertragsfreiheit einerseits und unzulässige wirtschaftliche Einengung andererseits unter Berücksichtigung des oben aufgezeigten Spannungsverhältnisses zu ermitteln.

303) vergl. S.117.

304) vergl. S.121.

b. Ausnutzen wirtschaftlicher Macht

Auch das unverhältnismäßige Ausnutzen wirtschaftlicher Machtkonstellationen kann zu einem Verstoß gegen § 138 I BGB führen(305)

Jedoch paßt diese Fallgruppe auf gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen nicht, da regelmäßig bei Abschluß noch keine wirtschaftliche Schlüsselstellung innerhalb der Gesellschaft vorhanden ist. Vielmehr ist im Fall einer Gesellschaftsgründung unter Abschluß einer Kombination von Ausschluß und Abfindungsab-sprache im Regelfall von einer freien Parität auszu-gehen. Die Position der Stärke, die möglicherweise durch diesen Vertrag entsteht, liegt dann aber vor Vertragsabschluß noch nicht vor, sondern entsteht erst durch diesen, so daß sie auch nicht zum Zeitpunkt Vereinbarung ausgenutzt werden kann.

c. Wucherähnliches Rechtsgeschäft

Soweit in dem Abschluß einer Abfindungsvereinbarung zu ungleichem Entgelt eine Zuwendung gesehen wurde, könnte durch die Kombination mit einer Ausschluß-klausel ein Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegen-leistung - also ein Mißverhältnis zwischen Risiko und Chance(306) - entstehen.

Falls die Kündigungsregelung für alle Gesellschafter gleichermaßen gilt, tritt insoweit aber keine Ver-schiebung zwischen Leistung und Gegenleistung ein, sondern es erhöht sich nur einheitlich sowohl das Risiko als auch die Chance. Etwas anderes ist auch nicht zwangsläufig dann anzunehmen, wenn die Regelung über das Ausscheiden nur einen oder einige Gesell-schafter begünstigt. Zum einen ist das Mißverhältnis

305) BGHZ 24,150; 19,89; RGZ 143,24; Erman-Brox, § 138,35; Jauernig, § 138,3 d bb; Palandt-Heinrichs, § 138,5 m.w.N.

306) vergl. S. 37ff, 73ff.

zwischen Leistung und Gegenleistung nur ein Indiz(307) und führt nicht per se zu einem Sittenverstoß(308), zum anderen mag im Einzelfall ein besonderes Bedürfnis an einer solchen Gestaltung bestehen.

Darüberhinaus werden so einschneidende Klauseln in der Regel nur dann abgeschlossen, wenn den betroffenen Gesellschaftern durch andere Vergünstigungen ein Äquivalent zukommt(309).

Da § 138 BGB zwar der Vertragsfreiheit Schranken setzt, nicht aber dazu dient, die von den Vertragspartnern vorgenommene subjektive Bewertung des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung durch eine richterliche Objektivierung zu ersetzen(310), ist im Grundsatz festzustellen, daß in der Kombination von Ausschluß- und Abfindungsvereinbarung kein wucherähnliches Rechtsgeschäft liegt.

d. Gläubigerbenachteiligung

Durch die Verbindung mit einer Ausschlußklausel können möglicherweise auch sonst zulässige Abfindungsvereinbarungen im Rahmen der Fallgruppe der Gläubigerbenachteiligung gegen § 138 I BGB verstoßen.

Dies ist insbesondere für die Fälle zu untersuchen, die nicht schon unter eine der anderen Fallgruppen des § 138 I BGB zu subsumieren sind, insbesondere ist hier also die Kombination von Abfindungsausschluß und Ausschlußmöglichkeit auf Grund zuvor aufgelisteter, wichtiger Gründe relevant.

307) Larenz, AT, S.405.

308) BGH WM 80,597; BGH NJW 79,758; BGH DB 76,2106; Bender, NJW 80,1129; Erman-Brox, § 138,35; allerdings kann bei grobem Mißverhältnis ein Rückschluß zulässig sein, vergl. OLG Stuttgart, NJW 79,2409 (2412); weitere Nachweise bei Larenz, S.388 Fn.4.

309) vergl. S.36,76.

310) BGH NJW 81,1206; 79,805; 79,808; Jauernig, § 138,3 b ee; Larenz AT, S.405; a.A. OLG Stuttgart NJW 79,2409 (2412); Hadding, S.229; Rittner, DB 80, Beilage 16,1 (12).

Wie sich schon aus §§ 135, 137, 138 HGB ergibt, kann auch der Privatkonkurs des Gesellschafters oder dessen Vermögensverfall außerhalb der Gesellschaft einen wichtigen Grund im Sinne des § 133 HGB darstellen (311). Damit wird in solchen Fällen auch der Gesellschaft die gesetzliche Befugnis gegeben, den im Konkurs befindlichen Gesellschafter auszuschließen. Dem Privatgläubiger wird hierdurch kein Recht entzogen, da auch er nur durch eine Kündigung gem. § 135 HGB auf den Gesellschaftsanteil zugreifen könnte. In diesem Fall würde ihm der Wert der Gesellschafterbeteiligung aber nicht zukommen, da der betroffene Gesellschafter schon zuvor auf eine Abfindung verzichtet hatte und dem Gläubiger nicht mehr Rechte eingeräumt werden als dem Schuldner selbst (312).

Da der Privatgläubiger darüberhinaus auch nicht von einer dauernden Mitgliedschaft und einer eventuell damit verbundenen Einkommensquelle seines Schuldners ausgehen kann, realisiert sich in einer Kombination von Abfindung und Ausschlußmöglichkeit keine zusätzliche Benachteiligung.

IV. Ausübungskontrolle

Soweit nach dem Vorstehenden ein Verstoß der Klauselkombination gegen zwingendes Recht verneint, also insbesondere die Wirksamkeit von Ausschlußvereinbarungen zum Buchwert angenommen wurde (313), folgt daraus aber noch nicht, daß deren Realisierung stets zulässig ist. Denn wenn auch eine Vertragskontrolle wegen des Anknüpfungszeitpunktes der Prüfung nicht zu einer Nichtigkeit oder Teilnichtigkeit führt, so kann doch zu einem späteren Zeitpunkt eine Wirksamkeits-

311) Hueck, OHG, S. 438; Jauernig-Stürner, §§ 723-728, 8; Schlegelberger-Geßler, § 133, 29; Ulmer in Großkomm. HGB, § 133, 33.

312) vergl. S. 90.

313) Vgl. S. 119ff.

schränke vorliegen. Diese Ausübungskontrolle(314) soll im folgenden an dem Beispiel einer Abfindung zum Buchwert in Verbindung mit verschiedenen Ausschlußmöglichkeiten vorgenommen werden. Da auch das Gesellschaftsrecht unter dem Gebot von Treu und Glauben steht, ist § 242 BGB der richtige Prüfungsmaßstab(315).

1. Wegfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 242 BGB

Die unter dieser Fallgruppe zusammengefaßten Fälle behandeln stets eine Divergenz der Situation bei Vertragsabschluß und der bei Klauselrealisation(316). Diese Diskrepanz kann sich aber stets nur für die Abfindungsvereinbarung ergeben, da das Kündigungsrecht nicht von veränderbaren Komponenten abhängt.

Daher ist die hier zugrundegelegte Konstellation von Ausschluß und Abfindung im Rahmen dieser Fallgruppe nicht problematisch. Vielmehr gilt auch für diese Fälle das Ergebnis, welches für Buchwertklauseln bei isolierter Betrachtungsweise ermittelt wurde (316 a).

2. Unzulässige Rechtsausübung

Eine andere Beurteilung kann aber dann geboten sein, wenn es sich bei einer Kündigung nach freiem Ermessen mit der Folge einer durch eine Buchwertklausel verkürzten Abfindung um eine unzulässige Rechtsausübung handeln würde. Für die hier anstehende Frage ist sinnvollerweise nur auf die Fallgruppe der "mißbräuchlichen Rechtsausübung"(317) abzustellen, wobei wegen des Prüfungsgegenstandes nur das überwiegende Schutz-

314) Krämer, NJW 81,2553 (2555); Schneider, JR 74,25 (26)
 315) Erman-Sirp, § 242,28; Palandt-Heinrichs, § 242,4 D G, vergl. S.93ff.

316) Vgl. S.93ff.

316 a) Vgl. S. 58, 78 ff, 99 ff.

317) BGHZ 68,304; 19,75; BGH NJW 80, 1043; BGH JZ 80,767; Hamm, OLG Z 79,188; Glunz, S.221; Jauernig-Vollkommer, § 242 III 2 b cc, dd, ee; Roth in MK, § 242,410 ff, 256 ff.

würdige Interesse der Gegenpartei geprüft werden soll und nicht auch der Bereich des rücksichtslosen Eigen-
nutzes, da dieser eine subjektive Komponente erfordert
und für eine Vertragsprüfung kein tauglicher
Prüfungsmaßstab ist(318).

Dieser Bereich ist dann betroffen, wenn die Ausübung
eines vertraglich eingeräumten und zulässigen
Rechtes(319) ein schlechthin unzumutbares Ergebnis zur
Folge hat(320), eine bloß unbillige Rechtsausübung,
etwa harte wirtschaftliche Nachteile, reichen in der
Regel nicht, vielmehr müssen noch besondere Umstände
hinzutreten(321). Demnach ist die Ausübung eines
Rechtes immer dann unzulässig, wenn sie gegen das Ge-
setz, die guten Sitten oder Treu und Glauben ver-
stößt(322).

a. Ausschuß nach freiem Ermessen

Ob man für den hier relevanten Zeitpunkt eine Sitten-
widrigkeit schon deshalb bejahen darf, weil ein Ver-
stoß gegen § 138 BGB zuvor regelmäßig bei Vereinbarung
eines freien Ausschußrechtes zu ungleichem Entgelt
angenommen wurde, ist jedoch fraglich. Denn die dort
festgestellte Gefährdung durch diese Kombination
sich gerade auf die Einengung des wirtschaftlichen
Miteinanders, nicht unbedingt auf die Unbilligkeit der
wirtschaftlichen Folgeregelung. Isoliert betrachtet
ist diese vielmehr zulässig(323).

318) BGH JZ 79,569 (570); RGZ 141,385 (389); 146,369
(372); Erman-Sirp, § 242,61; Larenz AT, S.392; Medicus
AT, Rz 688; Roth in M K, § 242,180 ff; Wieacker, Präz.
S.33.

319) Jauernig-Vollkommer, § 242 III 1 e.

320) BGHZ 68,304.

321) BGHZ 19,75; BGH JZ 80,167; Erman-Sirp, § 242,74;

Roth in M K, § 242,232; Soergel-Siebert-Knopp, § 242,167.

322) BGHZ 19,72; RGZ 152,147 (150); 146,385 (396).

323) Vgl. S.48ff, insbes. S. 82ff.

Daher könnte man annehmen, daß der im Rahmen des § 138 BGB ermittelte Gefahrentatbestand nur in der Zeit vor der Ausschlußkündigung vorliegt und nicht mehr im Moment der Ausübung selbst. Denn in diesem Moment besteht die Gefahr einer Einengung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit nicht mehr, sondern es geht nur die Drohung in Erfüllung(324). Diese ist aber allein durch ihren wirtschaftlichen Nachteil nicht als sittenwidrig zu qualifizieren(325). Vielmehr hat sich, jedenfalls für den konkreten Fall der mißbilligende Versuch einer Einschränkung der Betätigungsfreiheit gerade nicht realisiert, da bei konformem Verhalten eine Kündigung nicht erforderlich gewesen wäre(326).

Ein solches Verständnis orientiert sich aber zu wenig an den gesetzlich vorgegebenen Wertentscheidungen. Die Kombination einer freien Ausschlußmöglichkeit zu einer Buchwertabfindung ist nur solange zulässig, wie sich der Buchwert in etwa mit dem Tatsächlichen deckt. Entsteht hier eine Divergenz, liegt ab diesem Moment eine Sittenwidrigkeit vor(327), die nur wegen des Anknüpfungszeitpunktes nicht von § 138 BGB erfaßt wird. Es ist nicht mit Treu und Glauben zu vereinbaren, die Realisation eines Nachteils zuzulassen, dagegen das insoweit nur ein Minus darstellende Drohen mit einem solchen für unzulässig zu erklären. Anderenfalls wäre die unzulässige Bedrohung im übrigen auch gar nicht zu beseitigen.

Somit muß die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit in solchen Fällen durch ein Eingreifen des § 242 BGB geschützt werden(328).

324) Diss. Glunz, S.223.

325) Vgl. S. 70ff, 86.

326) Es soll hier nicht weiter darauf eingegangen werden, daß sachfremde Erwägungen die Kündigung bewirkt haben.

327) Vgl. S.123ff.

328) Vgl. auch Hirtz, BB 81,761 (764); Hueck, OHG, S.366; Schilling, ZGR 79,419 (424).

Fraglich ist allerdings die Grenze, ab wann die Differenz von Buchwert und wahrem Wert eine Ausschlusskündigung mit der vereinbarten Folge als unbillig erscheinen läßt.

Auch hier wird man keine klare Linie ziehen können, da es entscheidend auch auf die Art der Ausschlussmöglichkeit ankommt sowie die konkreten Bedürfnisse des Einzelfalls. Handelt es sich um eine Kündigung nach freiem Ermessen, so wird man regelmäßig eine "angemessene", d.h. in etwa dem § 738 I 2 BGB entsprechende, Abfindung verlangen müssen(329), wobei zwar gewisse Bewertungsschwankungen und -kriterien zulässig sind(330), nicht aber schwerwiegende wirtschaftliche Einbußen. Der vom BGH(331) angenommene Maßstab, bei dem die Grenze jedenfalls dann erreicht ist, wenn der Buchwert nur noch ca. 1/5 bzw. 1/2 des wahren Wertes ausmacht, dürfte für diese Fälle viel zu gering angesetzt sein. Im Grundsatz ist ein voller Wert zu vergüten(332).

b. Enumerative Ausschlussgründe

Andererseits ist aber bei eng umrissenen Klauseltatbeständen, die eine ordentliche Kündigung rechtfertigen, eine gewisse Abfindungs-Abwertung zulässig. Denn die geschützte wirtschaftliche Betätigungsfreiheit wird durch einen kleinen Klauselkatalog in viel geringerem Maße bedroht, so daß auch die durch die Abfindungsregelung verursachte wirtschaftliche Beeinträchtigung mit zunehmender Einengung der Ausschlussmöglichkeit wachsen darf. Insoweit kann die

329) BGH NJW 79,104; 73,651; BGH JR 74,24 (25); Hennerkes-Binz, NJW 83,73 (76); Huber, ZGR 80,177 (204,210); Schilling, ZGR 79,419 (424).

330) Das ergibt sich schon aus der unsicheren Schätzung des § 738 I 2 BGB.

331) BGH NJW 79,104; 73,651 (652).

332) Hierzu auch Hennerkes-Binz, NJW 83,73 (77,79); Hirtz, BB 81,761 (764); Huber, ZGR 80,177 (204,210); Schilling, ZGR 79,419.

Grenze von $1/2$ des wahren Wertes im Einzelfall ohne weiteres zulässigerweise erreicht werden.

Für den Fall der Kündigungsmöglichkeit auf Grund eines Klauselkataloges, der wichtige Gründe umfaßt, ist im Einklang mit dem zuvor Gesagten regelmäßig jede Abfindungsregel bis hin zum völligen Ausschluß zulässig. Daher ergeben sich für die Buchwertklausel, die insoweit ein "Mehr" repräsentiert, keine weiteren Probleme.

C. Zusammenfassung

Mithin ist festzustellen, daß Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen ohne Ausschlußvereinbarungen grundsätzlich in jeder Form zulässig sind, ausgenommen solche, die nur für den Fall einer Gläubigerkündigung geschlossen werden oder für die später die Geschäftsgrundlage weggefallen ist; allerdings kann im Einzelfall ein anderes Ergebnis geboten sein.

Bei einer Klauselkombination von Abfindung und Ausschluß ist die Zulässigkeit davon abhängig, wie weit sich eine jede der beiden Absprachen von dem gesetzlichen Leitbild entfernt. Ein völliger Abfindungsausschluß ist daher dann rechtmäßig wenn das Kündigungsrecht nur bei Vorliegen wichtiger enumerativ aufgelisteter Gründe ausgeübt werden darf. Andererseits ist bei weitgehenden Kündigungsmöglichkeiten im Grundsatz der volle Wert zu vergüten. Verkürzt kann man sagen, daß die Zulässigkeit der Abfindungseinschränkung unmittelbar mit dem Umfang der Ausschlußmöglichkeit korrespondiert. Je weiter die eine Klausel geht, desto enger muß sich die andere an dem gesetzlichen Leitbild orientieren und umgekehrt.

Fünfter Teil: Rechtsfolgen

Soweit im Vorstehenden die Unwirksamkeit von Abfindungsklauseln bzw. die Unzulässigkeit ihrer Anwendung festgestellt wurde, bleibt weiterhin zu fragen, welche Rechtsfolge sich aus dem jeweiligen Verstoß ergibt. Auch hier ist wiederum zwischen der Abfindungsregelung an sich und ihrer Kombination mit einer Ausschlußvereinbarung zu unterscheiden.

Im einzelnen herrscht insbesondere darüber Streit, ob im Falle einer Vertragskontrolle bei einem Verstoß gegen zwingendes Recht die gesetzliche Regelung an die Stelle der unwirksamen Absprache tritt(1) oder ob durch die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens oder im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung auf eine zulässige Klausel abgestellt werden muß(2).

A. Unzulässige Abfindungsregelung

Dies gilt es im Hinblick auf Abfindungsvereinbarungen, denen im Einzelfall auch ohne weitergehende Kündigungsabsprachen die Wirksamkeit versagt wird, näher zu untersuchen, wobei zwischen einem Verstoß gegen eine gesetzliche Verbotsnorm und dem Wegfall der Geschäftsgrundlage unterschieden werden muß.

I. Verstoß gegen Kündigungsvorschriften, gute Sitten

und Gläubigerschutz

Die Vorschriften der §§ 723 III BGB, 133 III HGB ordnen zwingend die Nichtigkeit einer Vereinbarung an, die das

1) Schwandt, S.123; Ulmer in Großkomm.HGB, § 132,39; ders. § 138,126; Weipert, RGRK-HGB § 132,16; Westermann, Gesellschaftsrecht, Rz 448.

2) Larenz AT, S.405; mit anderer Begründung Heckelmann S.154; Huber, Vermögensanteil, S.329; Manke, S.86, 103,123; Simon, DB 61,1679 (1682); Schneider, NJW 73,751; Ulmer in M K, § 738,48, soweit Nichtigkeit nicht aus § 138 folgt m.w.N.; Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, S. 172.

Recht zur Auflösung und Kündigung über den nach §§ 132 - 134 HGB zulässigen Spielraum beschränkt. Das gleiche gilt auch für § 138 BGB.

Insoweit scheidet schon wegen der eindeutigen gesetzlichen Regelung eine Ausübungskontrolle aus(3). Denn in diesen Fällen richtet sich die soziale Unverträglichkeit gegen die Absprache selbst, sodaß wegen der schon deshalb bestehenden Sittenwidrigkeit die Rechtsausübung mangels Rechtsbestandes gar nicht mehr in Frage kommen kann.

Andererseits kann man aber regelmäßig davon ausgehen, daß die Nichtigkeit der Abfindungsregelung keinen Einfluß auf das gesellschaftsvertragliche Gesamtgefüge hat. Zum einen ist die Abfindungsabsprache von den übrigen Teilen des Gesellschaftsvertrages abtrennbar, sodaß eine Gesamtnichtigkeit gemäß § 139 HS. 1 BGB üblicherweise nicht vorliegt, zum anderen spricht die Vermutung des § 139 HS 2 BGB gerade die Wirksamkeit des restlichen Gesellschaftsvertrages aus(4). Überdies sind für solche Fälle regelmäßig salvatorische Klauseln vereinbart.

Insoweit kommt es hier nicht weiter darauf an, ob die Gesamtnichtigkeitsvermutung des § 139 HS I BGB auf Gesellschaftsverträge überhaupt anwendbar ist(5).

Die Nichtigkeit der Abfindungsregelung bei Fortbestand des Gesellschaftsvertrages bedeutet jedoch nicht zwingend, daß die gesetzliche Regelung des § 738 I 2 BGB eingreifen muß. Vielmehr könnte es erforderlich sein, nur den Teil der Klausel für unwirksam zu erklären, der über die Zulässigkeitsgrenze hinaus vereinbart wurde, während der andere weiterhin gültig bleibt.

3) vergl. hierzu aber Hirtz, BB 81,761 (763,764); Krämer, NJW 81,2553 (2555); Möhring, FS f. Barz, S.49 ff; Schilling, NJW 79,423; Wiedemann, ZGR 1980,147 ff).

4) so auch Hueck, OHG, S.367; hiervon geht auch die Rechtsprechung aus, etwa BGH NJW 79,104.

5) so Ulmer in M K, § 738,46.

In diesem Zusammenhang scheint es nicht sinnvoll, zwischen einer Nichtigkeit auf Grund des § 138 BGB und der wegen Verstoßes gegen zwingendes Gesellschaftsrecht zu unterscheiden(6). Denn auch wenn man im Gegensatz zu den Ergebnissen dieser Arbeit Abfindungsklauseln nicht in einem so weiten Rahmen zuläßt, ist es jedenfalls streitig, auf Grund welcher Vorschrift die Nichtigkeitsfolge eintritt. Die hierzu ergangene Rechtsprechung bezieht keine eindeutige Stellung, sondern stellt neuerdings(7) zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse auf die "Grundprinzipien des Gesellschaftsrechts" ab, die aber weder einen Verstoß gegen § 138 BGB noch gegen §§ 132, 133 HGB implizieren(8).

Vielmehr ist in diesem Zusammenhang entscheidend auf die Klausel selbst und die Motivation der Parteien einzugehen, wie sich aus den §§ 139 und 140 BGB ergibt. Da diese beiden Vorschriften aber gerade auch für den Fall einer Nichtigkeit gem. § 138 BGB geschaffen wurden, ist zwangsläufig ein einheitliches Ergebnis anzunehmen.

Somit ist zu prüfen, ob gem. § 139 HS 2 BGB zumindest der Teil der Klausel aufrechtzuerhalten ist, der zulässigerweise vereinbart werden durfte.

Voraussetzung hierfür wäre, daß die Absprache in zwei Teile, einen zulässigen und einen unzulässigen, geteilt werden könnte.

Denkbar wäre dies nur dann, wenn dadurch der sonstige Inhalt des Rechtsgeschäftes nicht verändert, insbesondere auch das Äquivalenzgefüge nicht gestört würde.

Im Falle von Wuchertatbeständen wird eine solche Trennung regelmäßig abgelehnt, da wegen der einseitig überhöhten

6) so aber Ulmer M K, § 738, 49.

7) BGH NJW 81, 2565.

8) Kreutz, ZGR 83, 109 (112).

Leistung stets das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung verändert würde mit der Folge, daß es sich nicht mehr um ein Minus, sondern um ein Aliud handelt(9).

Dieser Grundsatz ist hier aber deshalb nicht übertragbar, weil bei gleichmäßigen Klauseln eine Veränderung der Abfindungsregelung stets beide Leistungsverpflichtungen in gleichem Maße modifiziert, da hier die Regelung über den Leistungsgegenstand automatisch für alle Beteiligten gleichermaßen gilt. Daher ist grundsätzlich eine weitere Unterteilung aus diesem Grunde nicht ausgeschlossen.

Etwas anderes gilt aber für den Fall, daß sich nur ein oder mehrere Gesellschafter einer Abfindungsabsprache unterworfen haben oder daß diesen ungleichmäßig eine andere Rechtsstellung eingeräumt wurde, die aber von einer Modifikation der Abfindungsregelung nicht berührt wird. In diesen Fällen ist wegen einer Verschiebung der Leistungsäquivalenz eine Abtrennbarkeit zu verneinen, unabhängig von der Frage, ob wegen dieser Verbindung mit anderen Teilen des Gesellschaftsvertrages überhaupt eine Isolierung der Abfindungsvereinbarung als Ganzes zulässig ist.

Für den Regelfall einer gleichmäßigen Abfindungsregelung, verbleibt aber eine weitere Problematik.

Grundsätzlich ermöglicht die Frage nach der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit keine Trennung in zwei unabhängige Rechtsgeschäftssteile(10). Eine Ausnahme wird jedoch für eine "quantitative Teilbarkeit"(11) zugelassen, jedoch ist diese nur auf ein vereinbartes Entgelt anwendbar(12).

9) BGHZ 68,207; BGH NJW 79,1606; Erman-Brox, § 139,15 ff; Flume, Rechtsgeschäft, S.574; Larenz AT, S.404; Jauernig, § 139,3 c; Krampe, JZ 75,575; Palandt-Heinrichs, § 139,4 a; Soergel-Hefermehl, § 139,29,31.

10) Palandt-Heinrichs, § 139,4 a.

11) Erman-Brox, § 139,16; Larenz AT S.405 Fn.2.

12) BGH BB 57,164; BGH NJW 53,501; RGZ 148,240.

Daran fehlt es hier aber.

Losgelöst von der Einbettung in das gesellschaftliche Gesamtgefüge wurde der Vertragstyp der Abfindungsregelung als "Tausch" qualifiziert, da auf keiner Leistungsseite ein "Kaufpreis" steht. Schon wegen der sich daraus ergebenden Individualität der vereinbarten Berechnungsmethode ist deren Ersetzung durch eine weniger einschneidende daher keine Subtraktion des nichtigen Teils, sondern eine völlig andere Regelung. Eine weitere Aufteilung scheidet daher grundsätzlich wegen der Leistungsindividualität aus(13).

Im Rahmen des § 139 BGB kann auch ein Abstellen auf den "hypothetischen Parteiwillen" eine andere Beurteilung nicht rechtfertigen. Denn hierbei handelt es sich nicht um eine ergänzende Vertragsauslegung(14) sondern nur um die subjektive Komponente der Unterteilung in einen gültigen und einen ungültigen Teil des Gesamtrechtsgeschäfts.

Allerdings könnte dem Parteiwillen im Rahmen des § 140 BGB Rechnung getragen werden.

Hierfür wäre es erforderlich, daß ein im wesentlichen gleicher rechtsgeschäftlicher Erfolg auch durch ein gültiges Rechtsgeschäft erreicht werden kann und von den Parteien bei Kenntnis der Sittenwidrigkeit gewollt wäre(15).

Mithin kommt es nicht darauf an, ob eine Unterteilung in zwei Rechtsgeschäftshälften möglich ist, sondern nur, ob die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit die zulässige Vereinbarung gewollt hätten(16).

13) BGH NJW 62,913; 79,1606 verlangen eine eindeutige Abgrenzbarkeit, Ulmer in Großkomm. HGB, § 138,126, a.A. Huber, Vermögensanteile, S.329 ff.

14) Larenz, AT, S.405.

15) BGHZ 19,273; BGH DB 77,995; RGZ 129,123 ff.

16) Larenz, AT, S.410.

Einer Konversion widerspricht hier vom äußeren Erscheinungsbild nichts, insbesondere ist eine Begrenzung nicht durch Formvorschriften oder ähnliches vorgegeben. Ob jedoch vom Inhaltlichen her eine Umdeutung zulässig ist, könnte deshalb fraglich sein, weil ein "im wesentlichen gleicher" rechtsgeschäftlicher Erfolg durch eine zulässige Klausel möglicherweise nicht erreicht werden kann.

Bei der zulässigen Klausel handelt es sich im Verhältnis zu der unzulässigen um ein Aliud, das in seiner Auswirkung einen anderen rechtsgeschäftlichen Erfolg als die unwirksame Klausel bewirkt. Ob diese Differenz die beiden Klauseln so ungleich macht, daß eine Umdeutung nicht mehr zulässig ist, muß anhand des hypothetischen Parteiwillens ermittelt werden(17).

Regelmäßig wird man davon ausgehen können, daß die Parteien bei Abschluß eines Gesellschaftsvertrages eine zulässige Abfindungsregelung unterzeichnen wollten. Stellt sich nunmehr im Nachhinein heraus, daß diese Absprache schon damals unzulässig war oder es aber mit der Zeit geworden ist (das gilt insbesondere für die Fälle, in denen sich die Rechtsprechung geändert hat), so wird man regelmäßig davon ausgehen können, daß der damalige rechtsgeschäftliche Wille die heute zulässige Klausel als wirtschaftliches Minus mit umfaßt hat(18). Etwas anderes muß jedoch dann gelten, wenn den Parteien schon damals bekannt war, daß die von ihnen vereinbarte Abfindungsregelung unzulässig ist. Denn dann fehlte ihnen schon bei Vertragsschluß der Wille, eine wirksame Absprache zu treffen mit der Folge, daß eine Umdeutung in eine heute zulässige Klausel von der damaligen Intention nicht mehr gedeckt wäre. Auf den Sanktionscharakter des § 138 bei vorsätzlich begangenen Sittenverstößen muß

17) Larenz, AT, S.413.

18) Simon, DB 61,1679 (1682); so wohl auch Ulmer in MK, § 738,48 m.w.N.; Westermann I, Rz 634.

demnach nicht weiter eingegangen werden, da in solchen Fällen grundsätzlich mangels vertraglicher Absprache die Regelung des § 738 I 2 BGB gilt(19).

Eine weitere Besonderheit gilt für die Klauseln, die nur für den Fall der Gläubigerkündigung abgeschlossen wurden. Hier wird man eine Umdeutung gem § 140 BGB nur schwerlich annehmen können, da per se nicht davon auszugehen ist, daß der Gesellschafter, der für den Fall einer Privatgläubigerkündigung auf einen Teil seiner Abfindung verzichtet, auch im Falle eines anderweitigen Ausscheidens durch diese Klausel belastet sein will. Üblicherweise ist daher von einem Eingreifen der gesetzlichen Vorschriften auszugehen.¹

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich aber, daß regelmäßig ein Parteiwille dahingehend besteht, die Klausel so weit als möglich rechtlich zulässig aufrechtzuhalten. Mithin kommt es insoweit nicht auf das Verständnis der betroffenen Verbotsnorm an, ob und inwieweit ein Rückgriff auf die gesetzlichen Abfindungsregeln ist(20), da die dispositive Vorschrift des § 738 I 2 BGB zumindest durch die auf Grund des hypothetischen Parteiwillens bestehende Absprache abbedungen ist.

II. Verstoß gegen § 242 BGB

Diese Probleme stellen sich nicht in den Fällen eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage. Denn neben dem hier vorherrschenden Prinzip von Anpassung vor Auflösung(21) ist in der Regel auch aus den Gesamtumständen eine Auslegung dahingehend möglich, welche Wertvorstellungen die Parteien zugrunde gelegt haben. Daher hat hier in der Regel eine Anpassung an die veränderten Umstände zu er-

19) im Ergebnis auch Ulmer in M K, § 738, 49.

20) so aber Heckelmann, S.153.

21) BGHZ 47,52; BGH NJW 78,695; 72,152; 58,785; 53,1585; 51,837; Erman-Sirp, § 242,179; Jauernig-Vollkommer, § 242 V 4 a; Medicus, FS Flume, S.637 ff; Palandt-Heinrichs, § 242,6 Bf.

folgen(22). Der Vertrag bleibt demnach selbst erhalten und wird nur, soweit erforderlich, modifiziert.

B. Rechtsverstoß durch die Kombination von Abfindung ----- und Kündigungsregelung -----

Auch in diesen Fällen ist wieder zu unterscheiden, ob sich die Nichtigkeit im Rahmen einer Vertrags- oder Ausübungskontrolle ergibt. Probleme stellen sich hier insbesondere deshalb, weil die einzelnen Klauseln bei isolierter Betrachtung zulässig sind und nur die Klauselkombination gegen gesetzliche Vorschriften verstößt.

I. Rechtsverstoß im Rahmen der Vertragskontrolle -----

Soweit nach dem Vorstehenden die Kombination für sittenwidrig gehalten wurde, ergibt sich grundsätzlich eine Nichtigkeit aus § 138 BGB.

Damit ist jedoch noch nicht gesagt, daß der gesamten Kombination die Wirksamkeit zu versagen ist. Vielmehr ist auch hier möglicherweise eine Trennung der verschiedenen Teile gem. § 139 HS 2 BGB erforderlich. Ulmer(23) geht sogar von einer grundsätzlichen Unanwendbarkeit der Gesamtnichtigkeitsvermutung des § 139 BGB im Verhältnis von Abfindung und Ausschlußregelung aus.

Diese prinzipielle Überlegung kann jedoch dahingestellt bleiben, sofern dieses Ergebnis schon aus einer Anwendung des § 139 HS 2 BGB folgt.

Somit ist hier wiederum vom hypothetischen Parteiwillen auszugehen(24), um für die verschiedenen Variationen taugliche Lösungen zu finden.

22) BGH Z 61,35; 9,279; Fischer, FS.f.Barz, 46 ff; Ulmer in M K, § 738,48.

23) Ulmer in M K, § 738,47.

24) BGHZ 52,24; BGH NJW 79,1606; 72,1459; BGH DNotZ 75,152 (154); BGH WM 73,357; RGZ 118,122; 107,40; Sandrock, AcP 159,481 (483 ff).

Allein schon aus der Tatsache, daß beide Klauseln vereinbart worden sind, ist ersichtlich, daß sie jedenfalls dann Bestand haben sollen, wenn sie nur isoliert zur Anwendung kommen, sich also die spezifische Gefahr der Kombination nicht realisiert. Die Abfindungsabsprache bleibt daher wirksam für alle Fälle des Ausscheidens, in denen von der Ausschlußmöglichkeit kein Gebrauch gemacht wird, etwa bei einer Kündigung durch den ausscheidenden Gesellschafter.

Umgekehrt ist aber der Fall anders gelagert. Eine isolierte Anwendung der Ausschlußklausel ist logischerweise schon deshalb nicht denkbar, weil mit dem Recht zur Herausündigung' automatisch auch die vereinbarte Folge einhergeht. Da die Abfindungsvereinbarung schon mit Abschluß als vollzogen anzusehen ist, muß sich im Ausscheidensfall dieser wirtschaftliche Nachteil realisieren. Ein getrenntes Willensmoment etwa dergestalt, daß die Kündigung entsprechend der Abfindungsklausel oder aber entsprechend der in § 738 I 2 BGB vorgesehenen Berechnung vollzogen wird, kann im Rahmen der Vertragskontrolle aber nicht berücksichtigt werden, da es sich erst bei der Ausübung realisieren kann. Allein aus dem Gesellschaftsvertrag ist vielmehr zwingend abzuleiten, daß der Ausschluß die Abfindungsregelung auslöst. Da diese Kombination aber gegen § 138 BGB verstößt, muß schon deren Ansatzpunkt der Rechtsfolge dieser Vorschrift unterstellt werden. Das aber ist die vereinbarte Ausschlußmöglichkeit mit der Folge, daß sie unwirksam ist und es für eine Ausschlußkündigung an einem Kündigungsrecht fehlt (25).

Ein anderes Ergebnis wäre nur dann zulässig, wenn es unter Zugrundelegung des Parteiwillens möglich wäre, die

25) BGH WM 73,900; BGH MDR 68,565; Groth, BB 82,1932; Hennerkes-Binz, NJW 83,73 (76); Hirtz, BB 81,761 (764); Schilling, ZGR 79,419 (426); Schneider, Anmerkung zu BGH JZ 82,766; JZ 82,768 (769); ders., Anmerkung zu BGH JR 74,24; JR 74,25 (26); Ulmer in Großkomm. HGH, § 140,17; ders. in NJW 79,82 (84); modifizierend Kreutz, ZGR 83,109 (119 ff).

Kündigungsmöglichkeit bestehen zu lassen und nur die Abfindungsregelung für alle Fälle des Ausscheidens auf Grundlage der Ausschlußklausel für nichtig zu erklären oder zumindest so zu entschärfen, daß der in der Kombination liegende Gesetzesverstoß entfällt.

Das wäre dann denkbar, wenn ein Ausschluß zu ungleichem Entgelt den zum vollen Wert als Minus enthalten würde (§ 139 HS 2 BGB) oder aber vom Parteiwillen mitgetragen würde (§ 140 BGB).

Davon ist jedoch normalerweise nicht auszugehen. Denn derjenige, der eine Kündigungsmöglichkeit ohne Entgeltzahlung vereinbart, will regelmäßig einen vollen Ausgleich nicht leisten, da sonst die Kombination dieser beiden Klauseln gar nicht erforderlich gewesen wäre. Vielmehr handelt es sich bei einer Ausschlußkündigung zum vollen Wert um ein Aliud gegenüber der zu ungleichem Entgelt, das normalerweise vom Parteiwillen nicht umfaßt ist; unabsehbare wirtschaftliche Belastungen werden gerade nicht in Kauf genommen.

Somit ist festzuhalten, daß der besonderen Gefahr der Klauselkombination nur dadurch begegnet werden kann, indem das Ausschlußrecht für nichtig erklärt wird.

Bestand behalten wird aber i.d.R. die Vereinbarung über die formelle Art der Kündigung. Falls also ein auch nach der gesetzlichen Regelung zulässiger Kündigungsgrund vorliegt, wird nicht auf den Weg einer Ausschlußklage verwiesen, sondern es reicht eine außergerichtliche Kündigung²⁶⁾. Denn dieser Bereich ist gemäß § 139 BGB von den materiellen Voraussetzungen abtrennbar und auch in Kombination mit einer Abfindungsabsprache zu ungleichem Entgelt nicht sittenwidrig, solange die

26) BGHZ 47,293 (302); 31,295 (300); Schramm, MDR 63,174; Ulmer in Großkomm. HGB, § 140,51; Westermann, Gesellschaftsrecht I, Rz 422.

Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung bleibt(27).

II. Ausübungskontrolle

Soweit nicht die vertragliche Absprache als solche gegen zwingende Werte unserer Rechtsordnung verstößt, sondern nur die Rechtsausübung im Einzelfall unzulässig ist, muß den besonderen Verhältnissen dieser Situation Rechnung getragen werden (28). Diese Konstellation entsteht in der Hauptsache bei der Vereinbarung von Buchwertklauseln, sodaß besonders auf diesen Fall eingegangen werden muß.

Da auch hier die Kündigung automatisch die Rechtsfolge der Buchwertabfindung auslöst, wäre es nur folgerichtig, in diesem Falle die Ausschließung für unzulässig zu erklären mit dem Ergebnis, daß in Bezug auf die Abfindungsregelung eine Gefahrerhöhung nicht mehr vorliegen kann.

Nun ist es aber für die Rechtsfolge eines Redlichkeitsverstoßes gemäß § 242 BGB typisch, nicht per se von einer Nichtigkeit auszugehen, sondern dem Prinzip einer Anpassung vor Auflösung zu folgen(29). Daher ist zuvor zu prüfen, ob die Kündigung zum ungleichwertigen Buchwert nicht als eine zu voller Abfindung verstanden werden muß.

Mit Hinweis auf die schon zur Vertragskontrolle erfolgten Ausführungen wird dies nicht immer zu bejahen sein, vielmehr ist auch hierbei zu fragen, ob eine solche Anpassung noch vom Parteiwillen getragen(30) ist. Andernfalls sind solche Kündigungen unzulässig.

27)RG DR 43,809; BGHZ 31,295 (299); Hueck, OHG, S.436, 446; Ulmer in Großkomm. HGB, § 140,52; Westerann, Gesellschaftsrecht I, Rz 442.

28) BGHZ 10,45 (51); BGH WM 77,738; Erman-Sirp, § 242,29.

29) BGHZ 21,30 (33); BGH NJW 78,426; RGZ 169,180 (183); 157,67 (75); 152,403 ff; Erman-Sirp, BGB § 242,96; Wieacker, Präz., S.47 ff; so auch Medicus, FS f. Flume, S.637 ff.

30) BGHZ 14,25 (38); RGZ 167,65 (67).

Da aber sowohl die Ausschlußmöglichkeit als auch die Buchwertklausel besteht(31), kann eine erneute Kündigung zu voller Abfindung auf freiwilliger Basis ausgesprochen werden. Grundsätzlich muß aber die besondere Gefahrenlage entweder durch eine Unwirksamkeit der Ausschließungsmöglichkeit oder aber, in besonderen Fällen, durch Unwirksamkeit der Folgeregelung beseitigt werden(32).

31) Nur die Ausübung dieser Rechte in ihrer Kombination verstößt gegen § 242 BGB.

32) hierzu auch Hirtz, BB 81,761 ff; Krämer NJW 81,2553 (2555); Möhring, FS f. Barz, S.56 ff; Schilling, ZGR 79,419 (425,426); Wiedemann, ZGR 80,147 ff (163).

Schlußbemerkung

Da sich die gewonnenen Erkenntnisse in weiten Bereichen nicht mit der Rechtsprechung decken, soll im folgenden eine kurze Übersicht über die Ansicht des BGH gegeben werden und sodann eine Zusammenfassung der Ergebnisse dieser Arbeit. Als letztes sollen Lösungswege aufgezeigt werden, die nicht gegen bisher bekannte Urteile verstoßen und auch den hier ermittelten Grundzügen nahekomen.

A. Heutige Rechtsprechung

Abfindungsvereinbarungen werden regelmäßig als aleatorische Geschäfte angesehen, die wegen des dispositiven Charakters des § 738 I 2 BGB grundsätzlich zulässig sind. Wegen der zwingenden Kündigungsvorschriften der §§ 723 BGB, 132, 133 HGB und dem Gebot des § 138 BGB gilt dies aber nicht schrankenlos.

Die durch Abfindungsregelungen ausgelöste finanzielle Bedrohung darf nicht so stark sein, daß der betreffende Gesellschafter in seiner wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit unzulässig eingeschränkt wird oder deshalb auf die Ausübung seines Kündigungsrechtes verzichtet. Trotz des Grundsatzes der Vertragsfreiheit hält der BGH daher regelmäßig einen Abfindungsausschluß für unzulässig, ebenso alle anderen Klauseln, bei denen der vereinbarte und der wahre Wert - d.h. die Summe aller Vermögenspositionen - erheblich divergieren. In diese Kategorie reiht er auch die Buchwertklauseln ein, jedenfalls dann, wenn diese nur einen Bruchteil des wahren Wertes bei Ausscheiden repräsentieren. Die Grenze der Zulässigkeit ist jedenfalls erreicht, wenn es sich nur um etwa ein Viertel bis ein Fünftel des wahren Wertes handelt(1).

1) NJW BGH 73,651 (652).

Hierbei weist der BGH aber ausdrücklich darauf hin, daß im Einzelfall besondere Bedürfnisse der Gesellschaft ein anderes Ergebnis rechtfertigen können.

Die Rechtsprechung geht von einer auf die isolierte Klausel bezogenen Vertragskontrolle aus, insbesondere leugnet sie einen Zusammenhang von Ausschluß- und Abfindungsvereinbarungen. Die regelmäßig unzulässige Ausschlußmöglichkeit nach freiem Ermessen bedingt diese Trennung schon deshalb, weil ohne Kündigung auch der Abfindungsfall nicht eintritt. Allerdings hält der BGH eine Kündigung, die zwar auf Grund nicht bestehenden Kündigungsrechtes ausgesprochen wird, mit der der Ausscheidende aber einverstanden ist, für wirksam.

Wegen der isolierten Prüfung hat die Nichtigkeit der Ausschlußklausel auf die Abfindungsvereinbarung und umgekehrt keinen Einfluß, so daß das einverständliche Ausscheiden im Falle unwirksamer Kündigungsregelungen zu den Bedingungen der ansonsten zulässigen Abfindung erfolgen darf.

Eine weitere Schranke für Abfindungsvereinbarungen sieht der BGH in der Gefahr der Gläubigerbenachteiligung und den §§ 725 RGB, 135 HGB. Klauseln, die nur für den Fall der Privatgläubigerkündigung eine niedrige Abfindung vorsehen, versagt er daher die Wirksamkeit.

B. Eigene Ergebnisse

Die in den letzten Jahren auf Grund sozialer Veränderungen entstandene Bereitschaft der Rechtsprechung, die Schutzfunktion der im BGB enthaltenen zwingenden Normen und Generalklauseln auf Kosten der Vertragsfreiheit auszuweiten, geht an den sonst mit der Kaufmannseigenschaft verlangten Qualifikation vorbei und ermöglicht judikativen Eingriff da, wo grundsätzlich dem Einzelnen ein wirtschaftlicher Freiraum zusteht.

Nur in seltensten Fällen vereitelt die Abfindungsregelung die Kündigungsmöglichkeit, da der dort unabdingbar geschützte Bereich sich nur auf die persönliche Lösungsmöglichkeit bezieht und diese auch durch die Gefährdung hoher wirtschaftlicher Werte nicht beseitigt, allenfalls erschwert wird. Das Prinzip der Vertragsfreiheit als tragender Grundsatz unserer Rechtsordnung wiegt in diesem Zusammenhang schwer, besonders weil die an Kaufleute gestellten Anforderungen hoch zu bewerten sind, wie der BGH selbst einräumt(2).

Derjenige, der freiwillig in eine Gesellschaft eintritt, unterwirft sich ebenso freiwillig den dort statuierten Ausscheidungsbedingungen. Ein zusätzlicher Schutz ist schon deshalb in der Regel nicht erforderlich, weil er bei Abschluß die Folgen kennt und ein Abschluß des Gesellschaftsvertrages zu anderen Konditionen gerade nicht dem Willen der Parteien entspricht. Daher ist im Rahmen einer Vertragskontrolle regelmäßig sogar ein Abfindungsausschluß zulässig, was zwangsläufig alle Klauseln zu ungleichem Entgelt einschließt.

Da der Anknüpfungszeitpunkt dieser Prüfung der Gesellschaftsvertragsabschluß ist, an welchem der Buchwert regelmäßig dem wahren Wert entspricht, unterfallen Buchwertklauseln normalerweise überhaupt nicht den unzulässig beschränkten Absprachen und sind daher grundsätzlich zulässig.

2) BGHZ 5,135.

Eine Besonderheit gilt aber für die Kombination von Abfindungs- und Ausschlußklauseln. In dieser Kombination liegt eine besondere Brisanz, weil im Grundsatz sogar Absprachen zulässig sind, die das Kündigungsrecht in das Ermessen eines oder mehrerer Gesellschafter stellen.

Die Kombination selbst verstößt im Rahmen einer Vertragskontrolle gegen die guten Sitten, wenn über dem durch die Ausschlußklausel bedrohten Gesellschafter auch noch die Gefahr wirtschaftlicher Einbußen schwebt. Denn in diesem Fall kann eine eigenständige wirtschaftliche Entfaltung nicht mehr erfolgen, und das Prinzip des gesellschaftlichen Miteinanders ist gefährdet.

Die Grenzen im Rahmen der Kombination sind fließend und abhängig von den wechselseitigen Klauseln. Bei freier Ausschlußmöglichkeit reicht schon die Gefahr geringer wirtschaftlicher Einbußen, bei eng umrissenen Ausschlußkatalogen sind geringere Abfindungen zulässig. Verkürzt bedeutet dies, daß sich die eine Klausel regelmäßig nur so weit vom gesetzlichen Leitbild entfernen darf, wie die andere von ihrer isolierten Zulässigkeitsgrenze abrückt.

Für den Fall eines Kündigungskataloges aus wichtigem Grund ist schon im Hinblick auf das Rechtsinstitut der Vertragsstrafe eine Sittenwidrigkeit auch bei völligem Abfindungsausschluß nicht zu erkennen.

Soweit dennoch ein Sittenverstoß durch die Kombination in anderen Fällen vorliegt, reicht es aus, die Ausschlußmöglichkeit für unwirksam zu erklären, da dann die spezifische Gefährdung entfällt. Da die Herausündigung zum wahren Wert gegenüber der vereinbarten Abfindung ein

Aliud darstellt, ist eine Anpassung oder Teilnichtigkeitsfeststellung regelmäßig nicht möglich.

Auch wenn im Rahmen der Vertragskontrolle eine Unwirksamkeit nicht gegeben ist, kann eine Abfindungsklausel, insbesondere solche zum Buchwert, im Rahmen der Ausübungskontrolle eine Korrektur erfahren müssen.

Soweit im Zeitpunkt einer Ausschußkündigung der Buchwert und der wahre Wert differieren, ist diese Situation vergleichbar mit der, die schon im Rahmen der Vertragskontrolle für sittenwidrig gehalten wurde, wobei die Zulässigkeit wiederum von dem Verhältnis der Abfindungshöhe einerseits und der Art und Schwierigkeit des Ausschlusses andererseits abhängt. Ein Berufen auf diese Klauseln kann sich daher als rechtsmißbräuchlich darstellen und einen Verstoß gegen § 242 BGB bewirken. Üblicherweise folgt auch hier als Rechtsfolge eine Unwirksamkeit der Ausschußkündigung, jedoch kann im Einzelfall auch eine Anpassung der Abfindung geboten sein.

C. Gestaltungsmöglichkeiten

Soweit nach dem zuvor Gesagten Rechtsprechung und Ergebnis dieser Arbeit divergieren, fragt es sich, ob nicht Klauselgestaltungen möglich sind, die nicht gegen BGH-Entscheidungen verstoßen und dennoch die aufgezeigte Vertragsfreiheit in großem Maße ausschöpfen. Da sich diese Frage zum Großteil an der Kombination von Ausschuß- und Abfindungsvereinbarungen entscheidet, soll auch nur auf diese Konstellation eingegangen werden.

Der BGH hat Klauselgestaltungen, die katalogartig bestimmte Ausschließungsgründe aufzählen, die Wirksamkeit bislang nicht versagt, da er die Gefahr von Willkürentscheidungen in den Vordergrund stellt. Soweit die aufgeführten Ausschußermächtigungen daher nicht gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verstoßen und eine tatbestand-

liche Eingrenzung möglich bleibt, sind auch außerordentliche ausführliche Klauselkataloge zulässig.

Der Vorteil liegt hier nicht nur in der Möglichkeit, eine Ausschlusskündigung auszusprechen, vielmehr geht regelmäßig mit Verletzung eines Klauseltatbestandes auch die Verletzung des Gesellschaftsvertrages einher, jedenfalls soweit die im Katalog zusammengefaßten Ausschlussgründe als gesellschaftliche Verhaltenspflichten ausgestaltet werden. Im Falle eines Verstoßes sind aber auch Abfindungsvereinbarungen in weitaus größerem Maße zulässig, da sie regelmäßig nicht eine unzulässige Eingrenzung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit bezwecken, sondern gesellschaftskonformes und vertragsgetreues Verhalten. Auch wenn der völlige Abfindungsausschluss wegen der isolierten Betrachtungsweise der Rechtsprechung in der Regel nicht zulässig sein wird, so können doch in einer Ausgestaltung analog zu Verfallklauseln die besonderen Umstände gesehen werden, die der BGH für die Wirksamkeit beschränkend wirkender Klauseln verlangt. Im Einzelfall wird aber auch hier die zulässige Höhe der Abfindungsklausel von dem Umfang und der Schwere der aufgestellten Verhaltensregeln abhängen.

Lebenslauf

- 25.05.1954 Geburt in Düsseldorf als Sohn des Günther
Freiherr Teuffel v. Birkensee und der
Helga Freifrau v. Birkensee, geb. Paas,
- 1060-1964 Besuch der Volksschule Grafenberg,
Düsseldorf,
- 1964-1973 Besuch des städtischen Rethel-Gymnasiums,
Düsseldorf,
- 21.05.1973 Abitur
- 1974-1979 Studium der Rechtswissenschaften in Würzburg,
Freiburg, Genf und München,
- 18.12.1979 Erste juristische Staatsprüfung in München,
- 1980-1982 Referendarzeit in Hamburg,
- 1981 Juristische Tätigkeit in New York und
San Francisco,
- 19.11.1982 Zweite juristische Staatsprüfung in Hamburg,
- 1982-1983 Wissenschaftlicher Assistent des zivilrecht-
lichen Seminars der Universität Hamburg,
- 1983 bis
heute Tätigkeit als Anwalt
- 18.07.1985 Tag der mündlichen Prüfung in München.

